

Das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters

von

WOLFGANG SCHWAB

aus Würzburg

DAS ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT DES HANDELSVERTRETERS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Wolfgang Schwab
aus Würzburg

Approbiert am 18.II.1960

92/67



Referent: Professor Dr. H. Hubmann

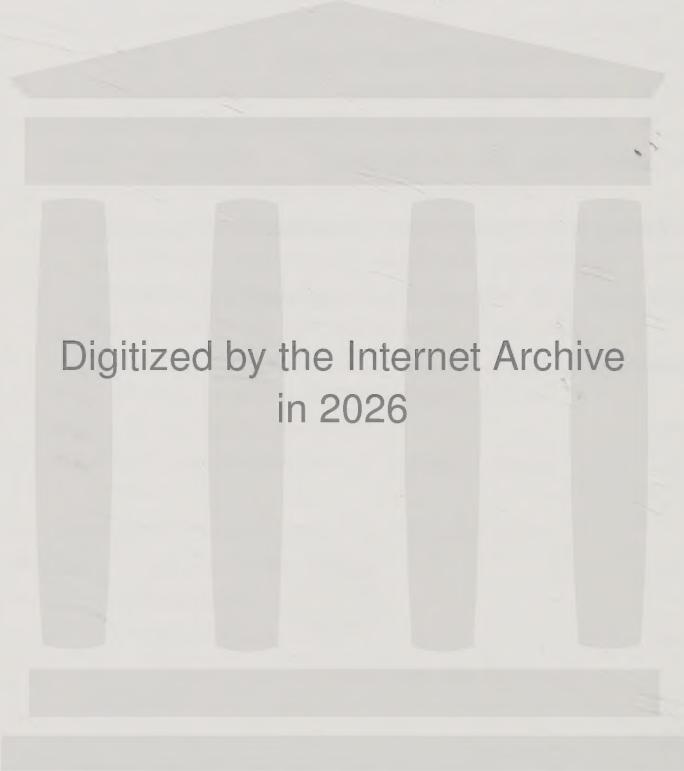
Dekan: Professor Dr. H. Spanner

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis	V
I. Abgrenzung des Themas	
A. Begriff des Handelsvertreters	1
B. In Betracht kommende Vorschriften	8
II. Geschichtliche Entwicklung	
A. Bürgerliches Zurückbehaltungsrecht	10
B. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht	14
C. Rechtsstellung und spezielles Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters	15
III. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht	
A. Begriff und Wesen	23
B. Zweck	25
C. Voraussetzungen	
1. Anspruch des Unternehmers	27
2. Anspruch des Handelsvertreters	31
3. Fälligkeit der Forderungen	38
4. Wechselseitigkeit und Konnexität der Ansprüche	44
5. Eigentums- und Besitzverhältnisse	47
D. Grenzen	50
E. Hauptanwendungsfälle	
1. Zurückbehaltungsrecht an Mustern und sonstigen Unterlagen	60
2. Zurückbehaltungsrecht an Kraftfahrzeugen	63

	Seite
3. Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager	64
4. Zurückbehaltungsrecht an übergebenen Waren	66
5. Zurückbehaltungsrecht an Handlungen und Unterlassungen	68
6. Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.II BGB	69
7. Zusammenfassung	70
F. Zurückbehaltungsrecht bei beiderseitigen Geldforderungen	71
G. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts	
1. Materielle Wirkungen unter den Parteien	73
2. Materielle Wirkungen Dritten gegenüber	75
3. Prozessuale Wirkungen	80
4. Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Unternehmers	82
H. Abwendung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung	85
I. Beendigung des Zurückbehaltungsrechts	89
IV. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht	
A. Begriff, Wesen und Zweck	92
B. Voraussetzungen	
1. Kaufmannseigenschaft	94
2. Gegenstand der Forderung des Handelsvertreters	95
3. Fälligkeit	98
4. Beiderseitiges Handelsgeschäft	102
5. Vertragsschluß zwischen Unternehmer und Handelsvertreter	104
6. Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts	109
7. Eigentum des Unternehmers	111

	Seite
8. Besitz und Besitzerlangung des Handelsvertreters	116
9. Ausschluß des Zurückbehaltungs- rechts = negative Voraussetzung	121
C. Wirkungen	
1. Zurückbehaltungsbefugnis	126
2. Befriedigungsrecht	127
3. Einfluß des Konkurses des Unternehmers	132
D. Abwendung und Beendigung	137
V. Vertraglich vereinbartes Zurückbehaltungsrecht	141
VI. Verzicht auf Zurückbehaltungsrechte	143
VII. Zurückbehaltungsrecht nach Vertragsbeendigung	148



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LITERATURVERZEICHNIS

- Albrecht, Konrad Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem BGB; Dissertation Rostock 1907
- Archiv für zivilistische Praxis Jahrgänge 1952 bis 1958
- Bachor, Kurt Die Voraussetzungen der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht in § 273 I BGB; Dissertation Marburg 1929
- Baumbach-Duden Kommentar zum HGB, 12.Auflage, München und Berlin 1956
- Baumbach-Lauterbach Kommentar zur ZPO, 23.Auflage, München und Berlin 1954
- Beck, Walter Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Vergleich mit dem Zurückbehaltungsrecht des BGB und den gesetzlichen Pfandrechten; Dissertation Erlangen 1915
- Beine, Reinhard Das Recht des Handelsvertreters; Osnabrück 1940
- Bleyer, Franz Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Recht des BGB unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung; Dissertation Rostock 1905
- Breuer, Johann Das Zurückbehaltungsrecht des BGB; Dissertation Bonn 1904
- Brinkop, Walter Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zur Aufrechnung; Dissertation Göttingen 1925
- Brunn, Johann Heinrich v. Fragen der Begriffsbestimmung des Handelsvertreters; Aufsatz in NJW 1954, S.56 ff
- Brunner, Heinrich Deutsche Rechtsgeschichte; Leipzig Bd.I 1906, Bd.II 2.Auflage 1928
- Caesar, Julius Wodurch unterscheidet sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem Zurückbehaltungsrecht des BGB ? Dissertation Freiburg 1904
- Capelle, Karl Hermann Zum neuen Handelsvertreterrecht; Aufsatz in Juristenzeitung 1954, S. 726 ff

Cosack-Mitteis	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; 8. Auflage, Jena 1927
Crome, Carl	System des deutschen bürgerlichen Rechts; Bd.I, Tübingen 1900
Dantschow, Wladimir	Das bürgerliche und kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach dem deut- schen, französischen und bulgarischen Recht; Dissertation Erlangen 1932
Der Betriebsberater	Jahrgänge 1952 bis 1960
Der deutsche Rechts- pfleger	Jahrgänge 1952 bis 1960
Der Handelsvertreter und Handelsmakler	Offizielles Organ der Centralvereini- gung Deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände
Dernburg, Heinrich	Bürgerliches Recht; 4.Auflage, Halle 1909
Deutsche Richterzei- tung	Jahrgänge 1952 bis 1960
Dietz, Rolf	Denkschrift zum Entwurf eines Han- delsvertretergesetzes 1940
Drucksachen des 1. Deutschen Bundestages	Offizielle Sammlung
Düringer-Hachenburg	Das HGB vom 10.Mai 1897 (unter Aus- schluß des Seerechts); 3.Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Ehrenberg, Viktor	Handbuch des gesamten Handelsrechts; Bd.IV und V, Leipzig 1928
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Bd. I 8.Auflage, Berlin 1903
Enneccerus, Ludwig	Recht der Schuldverhältnisse; 15.Auflage, Tübingen 1958
Entscheidungen und Gutachten	Loseblattsammlung, herausgegeben vom Forschungsverband für den Handels- vertreter- und Handelsmaklerberuf
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	Offizielle Sammlung
Entwurf eines Han- delsvertretergesetzes	Berlin 1940; Nr.17 der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht
Erdelbrock, Ernst Friedrich	Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung; Dissertation Erlangen 1925
Ermann, Walter	Handkommentar zum BGB; Köln 1953
Frey, August	Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Erlangen 1913

Fröhlich-Wagner	Der Handelsvertretervertrag; Köln 1953
Gadow, Wilhelm	in Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB; Bd. III 1940
Gierke, Julius v.	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht; 6.Auflage, Berlin 1949
Goldschmidt	Handbuch des Handelsrechts; Erlangen 1868
Graue	Verträge mit ausländischen Handelsvertretern; Frankfurt 1954
Gross, Philipp	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Giessen 1929
Grüneberg, Kurt	Das Zurückbehaltungsrecht des BGB unter besonderer Berücksichtigung der Konnexität; Dissertation Heidelberg 1911
Heinz, Willi	Die volkswirtschaftliche Stellung und soziale Lage des Handlungsreisenden unter dem Einfluß der neueren wirtschaftlichen Entwicklung; Dissertation Frankfurt 1931
Hendrichs, Viktor	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Greifswald 1919
Herschel-Beine	Handbuch zum Recht des Handelsvertreters; Köln 1954
Hinsenkamp, Wilhelm	Zur Lehre vom Zurückbehaltungsrecht des BGB; Dissertation Leipzig 1914
Hirschfeld, Albert	Das Zurückbehaltungsrecht im BGB; Dissertation 1905
Höller	Wann ist die Handelsvertreternovelle in Kraft getreten? in NJW 1953, S.1905
Hubmann, Heinrich	Grundsätze der Interessenabwägung; Abhandlung, abgedruckt in Archiv für zivilistische Praxis 1956
Hühner, Erwin	Die Rechtsstellung des Handlungsreisenden; Dissertation Köln 1930
Jaeger, Ernst	Kommentar zurKO; 6.und 7.Auflage, Berlin und Leipzig 1931
Jonas, Max	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht und Kommissionärpfandrecht an eigenen Sachen nach deutschem und französischem Recht; Dissertation Frankfurt 1929
Josten-Lohmüller	Handels- und Versicherungsvertreterrecht; Düsseldorf-Grafenberg 1954

Jung, Alfred	Die rechtliche Stellung des Handelsagenten in der geschichtlichen Entwicklung; Dissertation Jena 1916
Juristenzeitung	Jahrgänge 1952 bis 1960
Juristische Rundschau	Jahrgänge 1952 bis 1960
Knapp, Joachim	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches; Aufsatz in Bundesanzeiger vom 31.7.1952
Knapp, Joachim	Versicherungsvertreter und Reform des Handelsvertreterrechts; Aufsatz in Versicherungswirtschaft 1952, S.391
Koenige-Teichmann-Köhler	Handausgabe des HGB (ohne Seerecht); 2.Auflage, Mannheim 1929
Kolb, Max	Das Recht des Handelsvertreters im Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Recht; Dissertation Mainz 1956
Krickel, Erich	Das Verhältnis der Aufrechnung zum Zurückbehaltungsrecht des HGB; Dissertation Rostock 1907
Kunigam, Kurt	Das Zurückbehaltungsrecht beim Handelsagenturverhältnis; Dissertation Leipzig 1937
Langheinecken, P.	Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch; Leipzig 1903
Leon, Gerhard	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Heidelberg 1934
Leuze	Das Recht des Versicherungsververtreters; Heft 6 der Schriftenreihe des Wirtschaftsverbandes Versicherungsvermittlung
Levy, Jakob	Die Zurückbehaltungsrechte im Konkurse; Dissertation Heidelberg 1913
Loesing, Engelhard	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an eigenen Sachen; Dissertation Göttingen 1932
Lohmann, Paul	Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Erlangen 1908
Luhmann, Fritz	Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem BGB; Dissertation Rostock 1920
Mankel, Friedrich	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verglichen mit dem Pfandrecht und dem Zurückbehaltungsrecht des BGB; Dissertation Heidelberg 1906

Monatsschrift für Deutsches Recht	Jahrgänge 1952 - 1960
Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich	Bd.II Recht der Schuldverhältnisse; Amtliche Ausgabe Berlin 1888
Möller, Hans	Reform des Versicherungsrechts, in Versicherungswirtschaft 1953, S.90
Müller-Erzbach, Rudolf	Deutsches Handelsrecht; 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928
Neue Juristische Wochenschrift	Jahrgänge 1952 bis 1960
Oertmann, Paul	Kommentar zum BGB; 2.Buch, 3.und 4.Auflage, Berlin 1910
Oesterheldt, Karl Richard	Das Zurückbehaltungsrecht nach dem BGB; Dissertation Leipzig 1907
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch; 15.Auflage, München und Berlin 1956
Partsch, Karl Josef	Das Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Würzburg 1938
Peill, Arthur	Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht-erfüllten Vertrags nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht; Dissertation Rostock 1904
Petersen, Rudolf	Vom Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen, insbesondere vom Einfluß des Besitzverlustes auf das Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Kiel 1934
Planck	Kommentar zum BGB; Bd.II, 1.Hälfte 4.Auflage, Berlin 1914
Planitz, Johannes	Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geschichtlich entwickelt; Dissertation Leipzig 1906
Rehbein, H.	Das BGB mit Erläuterungen; Bd.II, Berlin 1903
Recht der Arbeit	Jahrgänge 1952 bis 1960
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum BGB; Bd.I 10.Auflage, Berlin 1953
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum HGB; Bd.III, Berlin 1940
Reimer	Das Wesen der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB; Dissertation Breslau 1926
Reinicke, G.und D.	Auslegungsfragen zum neuen Handelsvertreterrecht; Aufsatz in NJW 1953, S. 1609 ff

- Renesse, Otto v. Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nichterfüllten Vertrages; Dissertation Leipzig 1906
- Ritter, Carl Kommentar zum HGB; München, Berlin 1932
- Rohrbeck-Durst-Brönisch Das Recht des Versicherungsagenten; 2. Auflage 1950
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts; 6. Auflage, München, Berlin 1954
- Rosenthal, Heinrich Kommentar zum BGB; 14. Auflage, Köln, Berlin 1953
- Schäfer-Soborn Die Rechte und Pflichten der Handelsvertreter und Handelsmakler; Berlin 1933
- Schenk Die Lehre vom Retentionsrecht; 1837
- Schlegelberger, Franz Das Zurückbehaltungsrecht; Jena 1904
- Schlegelberger, Franz Kommentar zum HGB; Bd. I und III; 3 Auflage, Berlin und Frankfurt 1955
- Schlegelberger-Vogels Erläuterungswerk zum BGB; Berlin 1939
- Schmidt-Rimpler, Walter Der Handlungsagent in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts; Bd. V, 1, 1. Hälfte, Leipzig 1928
- Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig Kommentar zum Arbeitsrecht; 2. Auflage, Göttingen 1954
- Schönenberg, Ludwig Die Voraussetzungen der in § 273 I BGB geschaffenen Retentionsbefugnis; Dissertation Giessen 1901
- Schollmeyer, Friedrich Kommentar zum BGB; Bd. II, 1. Hälfte, München 1900
- Schreiber, Otto Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen in zweiter Hand; Dissertation Göttingen 1906
- Schröder, Georg Recht der Handelsvertreter; 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1956
- Schröder, Georg Anspruch des Handelsvertreters auf einen Buchauszug; Gutachten in Betriebsberater 1955, S. 181 f
- Schulte, Heinrich Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht; Dissertation Erlangen 1923
- Schulze, Otto Das Verhältnis des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechts zu dem des BGB; Dissertation Leipzig 1904

Schwertner, Paul	Das Zurückbehaltungsrecht nach dem BGB; Dissertation Leipzig 1904
Seidel, Friedrich	Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts; Dissertation Leipzig 1907
Siber, Heinrich	in Planck Kommentar zum BGB Bd.II,1. Hälfte, 4.Auflage, Berlin 1914
Simons, Max	Die rechtliche Stellung des Handelsvertreters nach geltendem Recht und unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der modernen Gesetzgebung; Dissertation Erlangen 1931
Soergel, Hans Theodor	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz; Bd.I und II, 8.Auflage, Stuttgart und Köln 1952
Sonnenschein, Wilhelm	Das Zurückbehaltungsrecht des BGB und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Dissertation Erlangen 1904
Stammler, Rudolf	Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren; Berlin 1897
Staub, Hermann	Kommentar zum HGB; Berlin, Leipzig 12. u.13.Auflage 1926, 14.Auflage 1933
Staudinger, Julius v.	Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz; Bd.II, 9.Auflage, München, Berlin, Leipzig 1930
Stein-Jonas	Kommentar zur ZPO; Neubearbeitet von Schoenke; 17.Auflage, Tübingen 1958
Tikotin, Georg	Inhalt und Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts; Dissertation Leipzig 1912
Trinkhaus	Der Einfirmenvertreter im Recht der Handelsvertreter; Aufsatz in Betriebsberater 1956, S.593 f
Ulbricht, Alfred	Aufrechnung und Zurückbehaltung bei Dienstverträgen; Dissertation Leipzig 1930
Ullrichs, Otto	Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrag; Dissertation Heidelberg 1910
Versicherungsrecht	Jahrgänge 1952 bis 1960
Versicherungswirtschaft	Jahrgänge 1952 bis 1960
Vogel, Paul	Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Recht des BGB; Dissertation Leipzig 1904
Voss	Gerichtliche Zuständigkeit für Streitfragen aus dem Handelsvertreterrecht; Aufsatz in Versicherungswirtschaft 1955, S.108

- | | |
|--|--|
| Warneyer, Otto | Das BGB für das Deutsche Reich;
9.Auflage, Tübingen 1940 |
| Wassermann, Siegmund | Zurückbehaltungsrecht auf Grund von
Naturalobligationen, insbesondere
auf Grund verjährter Forderungen;
Dissertation Breslau 1929 |
| Wohl, Hans-Joachim | Vergleichende Darstellung der Grund-
züge des Zurückbehaltungsrechts nach
deutschem, französischem und engli-
schem Recht; Dissertation Breslau
1937 |
| Wolff, Martin | in Ehrenbergs Handbuch des gesamten
Handelsrechts Bd.IB,1, Leipzig 1928 |
| Würdinger, Hans | Kommentar zum HGB (früher Reichsge-
richtsräte-Kommentar); 2.Auflage,
Berlin 1953 |
| Würdinger, Hans | Zum neuen Handelsvertreter-Recht;
Aufsatz in Juristische Rundschau 195
S.437 ff |
| Zeller, Theodor | Der Handelsvertreter; 7.Auflage.
Stuttgart, München, Hannover 1956 |
| Zentralblatt für Sozial-
versicherung | Jahrgang 1955. |

I. ABGRENZUNG DES THEMAS

A. Begriff des Handelsvertreters

Über den Begriff des Handelsvertreters bestehen häufig Unklarheiten, die insbesondere dadurch zustande kommen, daß die Bezeichnung "Handelsvertreter" nicht - wie die meisten anderen Berufsbezeichnungen - gesetzlich geschützt ist. Sie wird daher häufig auch von Personen gebraucht, die nach der Definition des § 84 HGB gar keine Handelsvertreter sind, sondern z.B. reisende Angestellte. Um den Personenkreis zu umreißen, für den die in dieser Arbeit behandelten Zurückbehaltungsrechte bestehen können, ist daher zunächst eine Definition des Begriffs des Handelsvertreters zu geben.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes¹⁾ ist Handelsvertreter, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.

Erste Voraussetzung ist der selbständige Gewerbebetrieb; d.h., Handelsvertreter kann nur derjenige sein, der selbständiger Unternehmer ist. Den Grundstock des Handelsgewerbes des Handelsvertreters bildet sein Kundenstamm, der ihm regelmäßig über die Dauer des Vertragsverhältnisses mit einem bestimmten Unternehmer hinaus verbleibt. Diese Stammkundschaft und ein möglicherweise vorhandener Stab von Untervertretern machen

1) § 84 HGB

seine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit aus, die ihn befähigen, dem Unternehmer, für den er tätig ist, als selbständiger Unternehmer gegenüberzutreten¹⁾. Die Geschäfte des Handelsvertreters sind in § 1 Abs.II Ziff.7 HGB besonders als Geschäfte eines Handelsgewerbes bezeichnet. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Handelsvertreter und seinem Auftraggeber ist daher ein solches zwischen zwei begrifflich und rechtlich gleichgeordneten Unternehmern. Diese Gleichstellung zeigt auch die Wendung "für einen anderen Unternehmer" in § 84 HGB. Wenn daher künftig in Übereinstimmung mit der Terminologie des Gesetzes die Bezeichnungen Handelsvertreter einerseits und Unternehmer andererseits gebraucht werden, so ist das nicht dahingehend zu verstehen, daß etwa der Handelsvertreter kein Unternehmer ist.

Wesentliches und entscheidendes Merkmal des Handelsvertreters ist seine Selbständigkeit. Sie ist in § 84 Abs.I Satz 2 HGB dahingehend definiert, daß selbständig nur derjenige ist, der im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Nach der Rechtsprechung zu § 84 HGB und heute allgemeiner Meinung²⁾ ist damit die persönliche Freiheit im Gegensatz zur wirtschaftlichen Freiheit gemeint, die bei jeder Art von Vertragsverhältnissen je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Teile gegeben oder nicht gegeben sein kann. Diese persönliche Selbständigkeit ist das ausschlaggebende Merkmal des Handelsvertreters, durch das er sich vom Angestellten unterscheidet. "Das für einen Angestellten Charakteristische ist darin zu sehen, daß er abhängiges Glied in dem Geschäftsorganismus des Unternehmens ist, in dem er tätig ist. Er ist den Weisungen und

1) Beine, Reinhard: Das Recht des Handelsvertreters, Osnabrück 1940, S.16, 17.

2) Regierungsentwurf S.14; Herschel-Beine: Handbuch zum Recht des Handelsvertreters, Köln 1954, S.19; Voss: Aufsatz in Versicherungswirtschaft 1955, Nr.5, S.108; Würdinger, Hans: Kommentar zum HGB (früher Reichsgerichtsräte-Kommentar), 2.Auflage Berlin 1953, Anm.9 zu § 84 HGB mit Hinweisen auf die gesamte Rechtsprechung.

der Kontrolle des Geschäftsherrn unterworfen. Er hat rechtlich gesehen das zu tun, was dieser verlangt, auch wenn ihm tatsächlich noch so große Freiheit belassen wird. Die Zeit, während der er seine Arbeitskraft dem Geschäftsherrn zur Verfügung stellen muß, kann ihm ebenso wie die Einteilung der Arbeit vorgeschrieben werden"¹⁾. Demgegenüber ist der Handelsvertreter rechtlich dem Geschäftsherrn nicht unterstellt. Er steht außerhalb des vertretenen Unternehmens und arbeitet lediglich für das Unternehmen, in das er nicht eingegliedert ist. Entscheidend ist das Maß der persönlichen Abhängigkeit vom Unternehmer, für deren Beurteilung es stets auf die Umstände des einzelnen Falles ankommt, also auf das Maß des dem Unternehmer zustehenden Direktionsrechts. Es wird daher in jedem Einzelfalle erforderlich sein, unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob es sich um einen selbständigen Gewerbetreibenden handelt.

In erster Linie wird natürlich der Vertretervertrag zur Klärung herangezogen werden. Auf die Formulierung der Vertreterstellung im Vertrag kommt es jedoch nicht an ²⁾. Auch ein als "angestellter Reisender" bezeichneter Vertreter ist tatsächlich Handelsvertreter, wenn die Selbständigkeit gegeben ist. Hierfür können verschiedene Umstände sprechen; so z.B. die Provision als ausschließliche Vergütung, das Tragen der Geschäftsunkosten, das Vorhandensein eigener Geschäftsräume und einer Geschäftseinrichtung³⁾, der Aufbau eines eigenen Unternehmens, das Auftreten unter eigener Firma und das Wohnen an einem von der Niederlassung des Unternehmens entfernten Ort⁴⁾. Als weitere Indizien für das Vorliegen eines Handelsvertreter-Verhältnisses wurden von

- 1) Drucksache des 1. deutschen Bundestages Nr. 3856, S. 14
- 2) Baumbach-Duden: Kommentar zum HGB, 12. Auflage, München und Berlin 1956, Anm. 5 B zu § 84 HGB; Zeller, Theodor: Der Handelsvertreter, 7. Auflage, Stuttgart, München, Hannover 1956, S. 5; Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 6.2.1959 -KV 114/56- abgedruckt in Betriebsberater 1959, S. 636
- 3) Urteil des SG Stuttgart vom 2. I. 1956, abgedruckt in Versicherungsrecht 1956, S. 318
- 4) Regierungsentwurf S. 15

der Rechtsprechung folgende Gesichtspunkte herausgearbeitet: die Eintragung in das Handelsregister, die Anmeldung eines Gewerbes und die Ausstellung einer Gewerbelegitimationskarte, die Entrichtung von Gewerbesteuer und die Zahlung von Einkommensteuer lediglich nach den Grundsätzen der Veranlagung, die Bezahlung von Beiträgen zur Industrie- und Handelskammer, die Beschäftigung von Arbeitnehmern und die Führung eigener Bücher, das Tragen des Erfolgsrisikos¹⁾, die freie Bestimmung der Zeit des Urlaubs²⁾ und die äußerliche Gebärde als Handelsvertreter, die ihren Ausdruck in der Benutzung von Briefbogen mit eigenem Namen oder Firma findet³⁾. Alle diese vom Regierungsentwurf angeführten und von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Merkmale sind für sich allein nicht begriffswesentlich, sie geben jedoch wertvolle Hinweise dafür, ob die persönliche Selbständigkeit als gegeben angesehen werden kann. Entscheidend sind also nicht einzelne Merkmale, sondern das Gesamtbild.

Wenn das Gesetz sagt, daß es darauf ankomme, ob der Handelsvertreter "im wesentlichen" frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitskraft bestimmen könne, so ist damit gesagt, daß gewisse Einschränkungen der Rechtsstellung als selbständiger Gewerbetreibender nicht schaden. Daß also der Handelsvertreter wie jeder andere Beauftragte den Weisungen des Auftraggebers unterliegt, macht ihn im Rechtssinne nicht persönlich abhängig. Es ändert an der Selbständigkeit des Handelsvertreters daher nichts, wenn er angewiesen wird, bestimmte Kunden zu besuchen, einen bestimmten Reisebezirk zu bearbeiten oder in bestimmten Abständen Bericht zu erstatten⁴⁾. Besonders im Versiche-

1) Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 6.2.1959, a.a.O.

2) Urteil des SG Stuttgart vom 2.I.56, a.a.O.

3) so auch Herschel-Beine, a.a.O. S. 21

4) Entscheidungen zur Unterscheidung des Handelsvertreters vom Angestellten:

Beschluß des OVA Nürnberg vom 8.12.53 AZ II 116/52,

rungsgewerbe wird es häufig vorkommen, daß der Versicherungsvertreter Instruktionen von seiner Gesellschaft empfängt, oder daß er angehalten wird, dieser oder jener Geschäftsanbahnung nachzugehen. Hierbei handelt es sich mehr um Anweisungen wirtschaftlicher Natur, die letztlich im beiderseitigen Interesse liegen und die rechtliche Selbständigkeit in der Dispositionsbefugnis über die zeitliche Gestaltung seiner Tätigkeit nicht berühren ¹⁾.

Der Handelsvertreter muß ständig mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften für einen anderen Unternehmer betraut sein. Die Stellung eines Handelsvertreters einem anderen Unternehmer gegenüber hat also nur, wer auf Grund eines mit diesem Unternehmer eingegangenen Vertragsverhältnisses von diesem mit einer Handelsvertreter-Tätigkeit betraut worden ist. Dem Wesen nach handelt es sich hierbei um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat²⁾³⁾. Die Art der zu vermittelnden Geschäfte

abgedruckt in Versicherungswirtschaft 1954, S.453 ff.

Entscheidung des OVA Karlsruhe vom 8.12.52 AZ AV BS Nr. 24/52; abgedr. in Versicherungswirtschaft 1953, S.199

Urteil des LSG Mainz vom 28.4.55; abgedr. in Versicherungsrecht 1956, S.614 ff.

Beschluß des OVA Münster vom 10.12.53 AZ: 108 Be/52-I; abgedruckt in Versicherungsrecht 1954, S.216

Urteil des BFH vom 8.7.54 AZ: IV 420/53; abgedruckt in Versicherungsrecht 1954, S.519 ff.

Urteil des LSG Essen vom 14.7.55 AZ: Ls KV 110/54; abgedr. in Betriebsberater 1955, S.736 ff.

Urteil des LSG Bremen vom 23.3.55 AZ: U 77/55; abgedr. in Zentralblatt für Sozialversicherung 1955, S.161

Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 6.2.1952 a.a.O.

Urteil des BGH vom 10.10.1960 - II ZR 253/58 - abgedr. in Versicherungsrecht 1960, S.1010

1) Voss, a.a.O.

2) §§ 611 ff, 675 BGB

3) allgemeine Meinung; siehe Regierungsentwurf S.15; Beine, a.a.O. S.24; Schmidt-Rimpler, Walter: Der Handlungsagent in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd.V, 1, 1.Hälfte, Leipzig 1928, S.14; Herschel-Beine, a.a.O. S.27; RGZ 62, 229; 63, 73; 87, 443.

ist für den Begriff des Handelsvertreters nicht wesentlich. Es muß sich nicht um Geschäfte für ein Handelsgewerbe handeln, sondern es genügt jedes Unternehmen, auch das Unternehmen eines Nichtkaufmanns¹⁾²⁾, z.B. eines Land- oder Forstwirts, ja sogar ein Unternehmen ohne Gewerbe³⁾, z.B. das eines Schriftstellers, der seine Werke verbreitet⁴⁾.

Das Vertragsverhältnis muß auf Dauer gerichtet sein, d.h., der Handelsvertreter muß nach dem Inhalt des Vertrags damit beauftragt sein, für den Unternehmer eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften abzuschließen oder zu vermitteln. Es schadet hierbei nichts, wenn der Vertrag nur mit einer kurz bemessenen Laufzeit, etwa für die Dauer einer Ausstellung oder Messe geschlossen wird, sofern der Handelsvertreter während dieser Zeit ständig mit der Ausführung einer unbestimmten Vielzahl von Aufträgen betraut ist⁵⁾. Umgekehrt reicht es aber zur Annahme der Handelsvertreter-Eigenschaft nicht aus, wenn der Beauftragte nur ein einzelnes oder bestimmte einzelne Ge-

1) LG Göttingen, Urteil vom 26.I.56 AZ: 1 S 205/55; abgedruckt in MDR 1956

2) Die amtliche Begründung zum Entwurf führt hierzu auf S.16 aus: "Der rechtliche Unterschied zwischen einem Unternehmer, der ein Handelsgewerbe betreibt und einem Unternehmer, der nicht Kaufmann ist, kann für die Frage, ob eine von ihnen betraute Person Handelsvertreter ist, nicht von Belang sein. Die Tätigkeit ist die gleiche, ob sie für ein Unternehmen, das kein Handelsgewerbe ist, z.B. für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, für ein Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft oder für einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit Geschäfte vermitteln oder abschließen".

3) Baumbach-Duden, a.a.O., Anm. 4 zu § 84 HGB

4) Freie Berufe sind kein Gewerbe, selbst wenn die Tätigkeit auf Gewinn abzielt (RGZ 75, 52).

5) Baumbach-Duden, a.a.O., Anm. 6 zu § 84 HGB

schäfte vermitteln soll, auch wenn diese Tätigkeit einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt.

Durch dieses Kriterium der ständigen Betrauung unterscheidet sich der Handelsvertreter vom Makler und Gelegenheitsvertreter, auf die die Vorschrift des § 88 a HGB nicht anwendbar ist ¹⁾.

Vom Kommissionär unterscheidet er sich dadurch, daß er die Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abschließt, während der Kommissionär zwar auch für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen tätig ist. Ist dieser vertraglich ständig mit solchen Abschlüssen im eigenen Namen für fremde Rechnung betraut (sogenannter Kommissionsagent), so hat er im Verhältnis zum Unternehmer eine dem Handelsvertreter ähnliche Stellung, so daß die Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters wohl analog angewendet werden müssen ²⁾. Dagegen kann das Recht des Handelsvertreters nicht auf sogenannte Eigenhändler Anwendung finden, die den Alleinverkauf der Erzeugnisse eines Unternehmers in einem bestimmten Bezirk derart übernehmen, daß sie die Ware im eigenen Namen und für eigene Rechnung kaufen oder verkaufen, wie dies z.B. bei Automobil-Generalvertretern üblich ist ³⁾.

1) Herschel-Beine, a.a.O. S.25.

2) Daß bei dem Mischfall des Kommissionsagenten je nach der Lage der Umstände eine entsprechende Anwendung einzelner Vorschriften der §§ 84 ff möglich ist, hat das RG schon mehrfach anerkannt; z.B.: RGZ 65, 37; 69,365; RG in JW 1917 S.157.

3) Brunn, Johann Heinrich v.: Fragen der Begriffsbestimmung des Handelsvertreters; Aufsatz in NJW 1954, S.56 f.

B. In Betracht kommende Vorschriften

Dem Handelsvertreter können zwei gesetzliche Zurückbehaltungsrechte zustehen; nämlich einmal das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des BGB und zum anderen das besondere Zurückbehaltungsrecht des HGB. Diese Rechte können, je nachdem, ob die Voraussetzungen des einen oder des anderen gegeben sind, für sich bestehen, sie können jedoch auch beide nebeneinander gegeben sein¹⁾ und von dem Handelsvertreter wahlweise oder gemeinsam geltend gemacht werden.

Bei einer normalen Vermögenslage des Unternehmers und bei bestehendem Handelsvertretungsvertrag wird der Handelsvertreter im allgemeinen von dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, das in seinen Voraussetzungen bedeutend einfacher und in seinem Wirkungsbereich insoweit umfassender ist, als es gestattet, Leistungen jeder Art, also auch geschuldete Handlungen und Unterlassungen zurückzubehalten²⁾. Die Zurückbehaltung von Geldleistungen, z.B. von einkassierten Kundengeldern, bestimmt sich in jedem Fall nach § 273 BGB, da sich die § 369 ff HGB nur auf Sachen und Wertpapiere beziehen³⁾

-
- 1) RGZ in JW 1934, S.297;
Schlegelberger, Franz: Das Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904, Anm.6 zu § 369 HGB;
Düringer - Hachenburg: Das HGB vom 10. Mai 1897 (unter Ausschuß des Seerechts); 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932, Anm.2 b zu § 369 HGB;
Schlegelberger/Vogels: Erläuterungswerk zum BGB; Berlin 1939, Anm.4 b zu § 369 HGB
 - 2) Auch Schlegelberger führt in Anm.7 zu § 369 HGB aus, daß die Bedeutung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts trotz seines pfandrechtartigen Charakters wegen seiner komplizierten Regelung nicht sehr groß ist.
 - 3) Staub, Hermann: Kommentar zum HGB; Berlin-Leipzig 112. u. 13. Auflage 1926, 14. Auflage 1933, Anm.14 zu § 369 HGB: "Es gibt kein Zurückbehaltungsrecht an einer Geldsumme, sondern nur an Geldstücken".

Die dem Handelsvertreter durch die Zurückbehaltung gewährte Sicherheit wird ihm normalerweise ausreichen; eine Verwertung von zurückbehaltenen Gegenständen würde in vielen Fällen das bestehende Vertrauensverhältnis erschüttern oder gar die Geschäftsverbindung zerstören.

Befindet sich der Unternehmer in Vermögenszerfall oder ist das Handelsvertreter-Verhältnis beendet, so daß der Handelsvertreter keine persönlichen oder geschäftlichen Rücksichten zu nehmen braucht, wird er auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zurückgreifen, das ihm zwar nur die Zurückbehaltung beweglicher Sachen und Wertpapiere gestattet, dafür aber außer der Einrede der Zurückbehaltung ein Befriedigungsrecht und im Falle des Konkurses des Unternehmers ein Konkursvorrecht an der zurückbehaltenen Sache gibt. Für den Handelsvertreter können daher beide ihm zustehende Zurückbehaltungsrechte von Bedeutung sein, so daß im folgenden sowohl das bürgerliche, wie auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in ihren Voraussetzungen und Wirkungen zu behandeln sind.

Zu diesen beiden gesetzlichen Zurückbehaltungsrechten tritt noch die speziell für den Handelsvertreter geschaffene ergänzende Regelung des § 88 a HGB, die im einzelnen bestimmt, inwieweit der Handelsvertreter von diesen Zurückbehaltungsrechten Gebrauch machen, bzw. darauf verzichten kann.

II. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

A. Bürgerliches Zurückbehaltungsrecht

Die Wurzeln unseres heutigen Zurückbehaltungsrechtes sind im römischen Recht und der gemeinrechtlichen Lehre zu finden. Schlegelberger hat als erster herausgearbeitet, daß auch dem germanischen und mittelalterlich-deutschen Recht das Recht, die geschuldete Leistung bis zur Befriedigung eines Gegenrechts zu verweigern, bekannt war ¹⁾.

Das römische Retentionsrecht ist ein Produkt der Praxis. Als selbständiges Rechtsinstitut war es den römischen Quellen unbekannt und hat sich daher nicht einmal eine technische Bezeichnung erworben ²⁾. Es bildete vielmehr nur einen Anwendungsfall der *exemptio doli*, deren Aufgabe es war, das auf starren Grundsätzen beruhende römische Zivilrecht im Sinne der *Aequitas* umzubilden ³⁾ und überall dort einzugreifen, wo es unbillig wäre oder wider Treu und Glauben verstoßen würde, eine Leistung von einem anderen zu verlangen ⁴⁾. Das römische Recht beschränkte sich darauf, von Fall zu Fall zu entscheiden,

1) Schlegelberger, Franz: Das Zurückbehaltungsrecht; Jena 1904, S.1

2) Endemann, Friedrich: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Bd.I 8.Auflage, Berlin 1903, § 126 Anm. 2

3) Luhmann, Fritz: Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem BGB; Dissertation Rostock 1920, S.9

4) Bleyer, Franz: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Recht des BGB unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung; Dissertation Rostock 1905, S. 11.

ob ein Retentionsrecht für vorliegend erachtet werden sollte. Diese casuistische Regelung zeigt auch das Corpus iuris, das keinen besonderen Titel über das "ius retentionis" enthält. Die zahlreichen Entscheidungen, welche dem Schuldner die Verweigerung der geschuldeten Leistung bis zur Befriedigung wegen seines Gegenanspruchs gestatten, finden sich vielmehr im ganzen corpus iuris zerstreut, wobei nirgends die materiellen Grundlagen der Zurückhaltungsbefugnis und das Verhältnis, in welchem die beteiligten Personen und die in Frage kommenden Leistungen zueinander stehen müssen, erörtert werden¹⁾.

Auch die gemeinrechtliche Regelung hat keinen einwandfreien Begriff des Zurückbehaltungsrechts aufzustellen vermocht. Es steht aber wenigstens fest, daß nach herrschender Ansicht das gemeinrechtliche Retentionsrecht zwei fällige Ansprüche zur Voraussetzung hatte, die, wie Boehmer²⁾ als erster hervorhob, miteinander konnex sein mußten. Unter den verschiedenen Auffassungen über den Begriff der Konnexität wurde schließlich nach einer zustimmenden Entscheidung des Reichsgerichts³⁾ die Lehre Goldschmidts herrschend, nach der Anspruch und Gegenanspruch "einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören müssen, die nach der Natur der Sache oder dem Willen der Beteiligten eine (natürlich-gewollte) Einheit bilden"⁴⁾. Eine Weiterentwicklung ist auch insoweit festzustellen, als das Zurückbehaltungsrecht nicht nur an Sachen - wie im römischen Recht -, sondern nunmehr an Leistungen jeder Art anerkannt wurde⁵⁾.

1) Schlegelberger, a.a.O. S.2

2) "De iure retentionis eiusque effectu", Diss.Göttingen 1774

3) RGZ 14, S.231

4) Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts; Erlangen 1868, S. 974, 975

5) Schlegelberger, a.a.O. S.12

Erst das moderne Recht hat im Wege der Gesetzgebung die Grundprinzipien des Zurückbehaltungsrechts geregelt¹⁾. Die erste systematische gesetzliche Regelung bringt das preußische Allgemeine Land-Recht von 1794. Auch hier handelt es sich um ein reines Sicherungsrecht, das gem. §§ 552, 553 nicht weiter ausgeübt werden durfte, als es zur Sicherung des Anspruchs des Gläubigers erforderlich war und in logischer Weiterentwicklung dieses Gedankens auch durch Sicherheitsleistung abwendbar war (§§ 555, 556). Es findet sich auch bereits die Bestimmung, daß das Zurückbehaltungsrecht durch freiwillige Aufgabe und im Konkurs des Schuldners untergeht. Eine noch einheitlichere Regelung brachte das "Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen", das dem Zurückbehaltungsrecht einen besonderen Abschnitt widmet und inhaltlich im wesentlichen dem preußischen ALR folgt. Das schweizerische Obligationenrecht enthält ebenfalls ein allgemeines Retentionsrecht, während der Code Civil keine allgemeinen Grundsätze aufstellt, sondern nur wenige Anwendungsfälle regelt. Es handelt sich hierbei um ein Sicherungsrecht, das - wie das des ALR - durch freiwillige Besitzaufgabe erlischt, dagegen grundsätzlich nicht im Konkurs des Schuldners. Das österreichische Gesetzbuch dagegen versagt dem Zurückbehaltungsrecht, abgesehen von den Fällen, in denen die Einrede des nichterfüllten Vertrags begründet ist, jegliche Anerkennung, indem es auf Arrest und Sequestration verweist.

Die Schöpfer des BGB von 1896 waren ebenfalls von der praktischen Bedeutung und wichtigen Funktion des Zurückbehaltungsrechts überzeugt und erkannten es als selbstständiges Rechtsinstitut an. Die Motive führen dazu aus,

1) Vgl. hierzu Schlegelberger, a.a.O. S.69 bis 76 und Bleyer, a.a.O. S.14

"daß dieses Recht in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnisse des Verkehrs entspreche und daß die Aufstellung einer allgemeinen und mit Sicherheit zu handhabenden Regel wohl möglich sei..."¹⁾).

1) Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Bd.II Recht der Schuldverhältnisse; amtliche Ausgabe Berlin 1888, S.41

B. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entstand aus dem Verlangen nach unauffälliger aber genügender Sicherung. Die rein negativen Wirkungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts waren für den Handelsverkehr, der in Betracht der mit dem Gütertausch notwendig verbundenen zeitweiligen Kreditgewährung ein Sicherungs- und Deckungsmittel benötigte, nicht ausreichend¹⁾. Andererseits konnte auch ein ausdrücklich bestelltes Pfandrecht diesen Zweck nicht erfüllen, da hierbei erstens eine Erschwerung des Handels eingetreten wäre, und zweitens das rückhaltlos offenbarte Mißtrauen bei dem Verlangen nach Deckung empfindliche Störungen unter den Kaufleuten verursacht hätte²⁾.

Zunächst entwickelte sich dieses kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in den Gebräuchen des italienischen Handelsverkehrs und fand im 16. Jhd. in den Statuten der italienischen Handelsstädte seine gesetzliche Regelung. Von dort aus gelangte es dann infolge des weitverzweigten Handelsverkehrs auch in die anderen europäischen Staaten und fand im 17. und 18. Jhd. in den Statuten, Wechsel- und Fallitenordnungen der deutschen Handelsstädte Aufnahme³⁾. Bei der Schaffung des ADHGB wurde es durch die Art. 313 bis 316 in ganz Deutschland für den gesamten Handelsverkehr eingeführt und schließlich mit geringfügigen Änderungen und Ergänzungen in das HGB von 1897 übernommen.

-
- 1) Sonnenschein, Wilhelm: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, Dissertation Erlangen 1904, S. 11
 - 2) Leon, Gerhard: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, Dissertation Heidelberg 1934.
 - 3) so z.B. in der Leipziger Wechselordnung von 1682, in der Nürnbergischen Wechselordnung von 1722, in der Frankfurter Wechselordnung von 1739 und in der Hamburger neuen Fallitenordnung von 1753.
Vgl. hierzu im einzelnen Goldschmidt, a.a.O., S. 999 ff.

C. Rechtsstellung und spezielles Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters

Die Geschichte der speziellen Regelung des Zurückbehaltungsrechts des Handelsvertreters ist wesentlich jüngeren Datums. Der Grund hierfür liegt darin, daß die gesetzliche Ausgestaltung des Handelsvertreter - Verhältnisses nicht auf eine lange, bis ins Mittelalter hineinreichende Entwicklungszeit zurückblicken kann, sondern seine wirtschaftliche Entstehung erst dem Emporblühen des Handels im vergangenen Jahrhundert verdankt. Je weiter man in das vorige Jahrhundert zurückgeht, um so unklarer und verschwommener wird das Bild des Instituts des Handelsvertreters¹⁾. Das Allgemeine Deutsche HGB hatte entsprechend der Anschauung in der "Nürnberger Kommission" von einer Regelung der Rechte und Pflichten des Handelsvertreters wegen der Unbestimmtheit des Begriffs noch abgesehen²⁾. Erst später haben Wissenschaft und Gesetzgebung erkannt, daß diesem wichtigen Faktor besondere Aufmerksamkeit zukomme. Nachdem die Denkschrift³⁾ des Reichsjustizamtes zum Entwurf eines neuen HGB feststellte, daß bei den Handelsvertretern die Gemeinsamkeit des Verhältnisses weit genug reiche, um eine gesetzliche Regelung zu gestatten, befaßte sich der Gesetzgeber des HGB vom 10. Mai 1897 mit einer gesetzlichen Festlegung der Rechtsbeziehungen zwischen Handelsvertreter und Geschäftsherrn. Diese ge-

- 1) Jung, Alfred: Die rechtliche Stellung des Handelsagenten in der geschichtlichen Entwicklung, Dissertation Jena 1916, S. 1
- 2) Simons, Max: Die rechtliche Stellung des Handelsvertreters nach geltendem Recht und unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der modernen Gesetzgebung, Dissertation Erlangen 1931, S. 8
- 3) Denkschrift des Reichsjustizamtes zum Entwurf eines neuen HGB. Abgedruckt in den Veröffentlichungen des 9. allgemeinen Handelsvertreter-Tages. Berlin 1928, Band 4 S. 2

gesetzliche Regelung, die sich auf 9 - im übrigen abdingbare - Vorschriften beschränkte und bewußt auf eine eingehende gesetzliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen den Vertragspartnern verzichtete¹⁾, war die erste in der zivilisierten Welt. Sie läßt den Vereinbarungen der Parteien weitesten Spielraum und sieht noch keinerlei Schutzbestimmungen vor, weil sie davon ausgeht, daß die Handelsvertreter als Kaufleute ihre Interessen selbst wahrnehmen können.

Doch schon bald nach der Jahrhundertwende - zuerst im Jahre 1902 - wurden Reformwünsche geäußert²⁾. Es zeigte sich, daß die Regelung des HGB den Bedürfnissen der Praxis nicht voll gerecht wurde. Die alsbald vom früheren Central-Verband Deutscher Handelsvertreter-Verbände in Angriff genommenen Vorarbeiten für eine Gesetzesänderung wurden durch den 1. Weltkrieg und die Nachkriegsjahre unterbrochen. Die Fachgruppe Handelsvertreter und Handelsmakler nahm sie später wieder auf. Während es jedoch vorher nur um eine Klarstellung rechtlicher Zweifelsfragen gegangen war, die sich kurz nach Inkrafttreten des HGB gezeigt hatten, wurden nunmehr infolge der nach dem 1. Weltkrieg eingetretenen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse vor allem gewisse rechtliche Sicherungen der Position der Handelsvertreter gegenüber den Unternehmern erstrebt³⁾. Die Bedeutung der Handelsvertreter im Wirtschaftsleben wurde größer. Die wirtschaftlichen und sozialen Umwälzungen nach dem 1. Weltkrieg führten jedoch dazu, daß sie weithin nicht mehr die Stellung eines "königlichen Kaufmanns" hatten, der als gleichberechtigter

1) Herschel-Beine, a.a.O. S.13

2) Prof.Dr.Moeller in einer Ansprache über grundlegende Probleme des kommenden Versicherungsvertreter-Rechts vor der 204.Mitgliederversammlung des Versicherungswirtschaftlichen Vereins in Hamburg e.V. Angeführt in Versicherungswirtschaft 1953 Nr.4,S.90

3) Fröhlich-Wagner: Der Handelsvertretervertrag, Köln 1953, S.5

Partner mit den Unternehmern die Bedingungen eines Vertragsverhältnisses aushandeln konnte. Viele von ihnen verfügten über kein nennenswertes Kapital; sie blieben zwar selbständige Kaufleute, wirtschaftlich jedoch wurden sie von den Unternehmern abhängig¹⁾. Vielfach wurden sie rechtlich nur als Handelsvertreter eingestellt, um den Geschäftsherrn damit die Soziallasten einzusparen, obwohl sie im Innenverhältnis die abhängige Stellung eines Handlungsgehilfen hatten²⁾. Es wurde daher einerseits eine klare Abgrenzung der Handelsvertreter von den Handlungsgehilfen und andererseits eine Verbesserung der Rechtsstellung aller Handelsvertreter gefordert.

In der Zwischenzeit war auch durch zahlreiche ausländische Staaten eine erheblich eingehendere, die Entwicklung des Handelsvertreter-Berufes berücksichtigende Regelung des Handelsvertreter-Rechts getroffen worden. So durch Schweden, Norwegen und Dänemark bereits in den Jahren 1914, 1916 und 1917. Erheblich später, nämlich erst im Jahre 1936 folgten die Niederlande, 1937 Jugoslawien, 1938 Rumänien, 1942 Italien und später vor allem die Schweiz mit dem Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4.2.1949, das zahlreiche Vorschriften des sogleich noch zu erwähnenden Entwurfs der Akademie für deutsches Recht verwertete³⁾.

Im Jahre 1939 erwog daher das ehemalige Reichsjustizministerium das österreichische Handelsagenten-Gesetz vom 24. Juni 1921, das immerhin die Entwicklung des Handelsvertreter-Berufes während der ersten beiden Jahrzehnte des 20. Jhds. berücksichtigte, im Reichsgebiet einzuführen⁴⁾.

1) Dres. G. und R. Reinicke in NJW 1953, S. 1602 in einem Aufsatz über Auslegungsfragen zum neuen Handelsvertreter-Recht.

2) Dr. Joachim Knapp in einer Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des HGB, abgedruckt im Bundesanzeiger vom 31.7.1952

3) Vgl. hierzu "Laufke" Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 17. Jahrgang 1952, S. 20 ff.

4) Knapp, a.a.O.

Da sich jedoch in den vergangenen 17 Jahren die wirtschaftlichen und sozialen Anschauungen erneut gewandelt hatten, entschloß man sich, ein völlig neues Gesetz zu schaffen und beauftragte den "Ausschuß für das Recht des Handelsstandes und der Handelsgeschäfte" der Akademie für deutsches Recht einen Gesetzentwurf auszuarbeiten, der sozial ausgestaltet sein und sowohl den berechtigten Interessen der Handelsvertreter, als auch der von ihnen vertretenen Unternehmer Rechnung tragen sollte. Der "Unterausschuß für das Recht der Handelsvertreter und der Handlungsreisenden" fertigte diesen Entwurf, der 1940 als "Entwurf eines Handelsvertreter-Gesetzes" veröffentlicht wurde¹⁾. Hier findet sich zum ersten Mal eine besondere Regelung des Zurückbehaltungsrechtes für Handelsvertreter. Der Ausschuß schlägt in § 16 des Entwurfs²⁾ vor, daß es dem Handelsvertreter nicht möglich sein solle, auf gesetzliche Zurückbehaltungsrechte zu verzichten. Ein vom EDAF (§ 25) vorgeschlagenes besonderes, über den allgemeinen Rahmen weit hinausgehendes Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters hält er jedoch nicht für richtig. Insbesondere lehnt er ein Zurückbehaltungsrecht an allen im Besitz des Handelsvertreters befindlichen Sachen, ohne Berücksichtigung des Erfordernisses der Konnexität und der Weisungen des Unternehmers und ohne die Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs ab³⁾. Andererseits ist auch eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht vorgesehen.

Die Verabschiedung dieses Gesetzentwurfes wurde durch den Ausbruch des 2. Weltkrieges verhindert. Unmittelbar nach Bildung der Bundesregierung wandte sich die Centralver-

-
- 1) Arbeitsbericht Nr. 17 der Akademie für Deutsches Recht
 - 2) § 16 des Entwurfes lautet: "Der Handelsvertreter kann nicht im voraus auf das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht verzichten".
 - 3) Vgl. Abschnitt VIII der Denkschrift zum Entwurf von Dietz, Rolf: Denkschrift zum Entwurf eines Handelsvertretergesetzes 1940, S. 110 ff.

einigung deutscher Handelsvertreter- und Handelsmakler-Verbände mit einem in Anlehnung an den Entwurf der Akademie für Deutsches Recht in der Zeit von 1949 bis 1950 ausgearbeiteten neuen Entwurf an den Bundesjustizminister, der die Umgestaltung des Agentenrechts unverzüglich einleitete¹⁾.

An der Entstehung des Gesetzentwurfes arbeiteten neben Sachverständigen aus den interessierten Verbänden - Unternehmer, Handelsvertreter, Gewerkschaften - die Professoren Lehmann, Moeller und Dietz mit, von denen besonders letzterer auch schon maßgeblich am Entwurf der Akademie für Deutsches Recht beteiligt war.

Der Bundesrat nahm gem. Art. 76 Abs. II GG zu der Gesetzesvorlage Stellung²⁾. Der Bundestag verabschiedete den Entwurf nach seiner dritten Plenarsitzung am 3.7.1953³⁾ und leitete ihn dem Bundesrat zu, der ihn in seiner Sitzung vom 17.7.1953 billigte. Das Gesetz wurde am 7.8.1953 verkündet⁴⁾ und trat am 1.12.1953 in Kraft⁵⁾.

Neben der bereits erwähnten Verbesserung der Rechtsstellung aller Handelsvertreter und der klaren Abgrenzung der Handelsvertreter von den Handlungsgehilfen wurde damit endlich auch eine Klärung der Rechtsstellung der "arbeitnehmerähnlichen" Handelsvertreter erreicht. Nach § 5 des

1) Möeller, a.a.O.

2) Bundesratsdrucksache Nr. 273/53

3) Bundestagsdrucksache Nr. 3658/4605

4) Bundesgesetzblatt I S. 771

5) so fast einhellige Meinung z.B.

Schröder, Georg: Recht der Handelsvertreter, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1956, Anm. 1 zu Art. 6 des Gesetzes zur Änderung des HGB;

Knapp, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 6;

Würdinger, Hans: Zum neuen Handelsvertreter-Recht; Aufsatz in Juristische Rundschau 1953, S. 437 ;

Leuze: Das Recht des Versicherungsvertreters; Heft 6 der Schriftenreihe des Wirtschaftsverbandes Versicherungsvermittlung, S. 29;

Herschel-Beine, a.a.O. S. 216, Anm. 589 a;

Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 1 D zu § 84 HGB;

anderer Ansicht Hoeller in NJW 1953, S. 1905

Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23.12.1926 gehörten die Streitigkeiten der arbeitnehmerähnlichen Personen vor die Arbeitsgerichte. Da das Gesetz den Begriff dieser Personen nicht definiert und sich auch keine festen Regeln dafür aufstellen ließen, wann die Unselbständigkeit eines Handelsvertreters soweit ging, daß er als arbeitnehmerähnlich anzusehen war, wurde über die Frage der Zuständigkeit wiederholt durch 3 Instanzen gestritten¹⁾. Dieser unbefriedigende Zustand wurde durch die klare Bestimmung des Begriffs des Handelsvertreters in § 84 HGB geändert. Auch materiell-rechtlich wurde durch das Gesetz die Voraussetzung dafür geschaffen, daß besonders sozial schutzbedürftige Handelsvertreter einen besonderen, dem Angestellten-Recht angenäherten sozialen Schutz erhalten können.²⁾

Insgesamt kommt in dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Handelsvertreter der Wandel der liberalen Einstellung, die z.Zt. der Schaffung des HGB herrschte, zur heutigen sozialen Einstellung zum Ausdruck. Das frühere Recht des HGB war von dem uneingeschränkten Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht, die lediglich an den Grenzen der guten Sitten ihre Schranken fand, während innerhalb dieses Bereichs jeder Vertragsteil seine Interessen verfolgen konnte, deren Durchsetzung in den Vertragsbedingungen letztlich eine Frage des wirtschaftlichen Übergewichts war. Das Gesetz vom 7.8.1953 hat diese Vertragsfreiheit zugunsten einer Regelung beschränkt, in welcher dem sozialen Gedanken Rechnung getragen wird³⁾. Uneingeschränkte Vertragsfreiheit besteht nach § 92 c HGB nur noch für Handelsvertreter, die keine Niederlassung im Inland haben, sowie für Vertreter von Schifffahrtsunternehmen. Der Handelsvertreter-Vertrag erhielt also eine erheblich erweiterte gesetzliche Ausgestaltung, wobei insbesondere eine Reihe von Vorschriften

1) Knapp, a.a.O.

2) § 92 a HGB

3) Würdinger in JR 1953 S. 437 ff.

zwingender Natur in das HGB aufgenommen wurden. Dem Handelsvertreter soll nicht das seinem Beruf innewohnende kaufmännische Risiko abgenommen werden, sondern er soll - sofern er nicht eindeutig Angestellter ist - in vollem Umfang selbständiger Kaufmann bleiben. Andererseits sollte aber der Tatsache Rechnung getragen werden, daß die Position des Handelsvertreters zwar nicht rechtlich, aber doch wirtschaftlich gegenüber dem Unternehmer häufig die schwächere ist. Das Gesetz hat daher den von den Handelsvertreter-Organisationen seit Jahren immer wieder geltend gemachten Wünschen auf Festsetzung gewisser sozialer Mindestrechte Rechnung getragen.

Eine dieser soeben erwähnten Vorschriften zwingender Natur stellt der das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters behandelnde § 88 a HGB dar. Unter Abs. I wurde die Vorschrift der Akademie für Deutsches Recht über das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters fast wörtlich übernommen¹⁾. Völlig neu hinzugekommen ist jedoch Abs. II, der das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters an zur Verfügung gestellten Unterlagen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auf fällige Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen beschränkt²⁾.

-
- 1) Anstelle von "das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht" in § 16 des Entwurfs der Akademie heißt es jetzt "gesetzliche Zurückbehaltungsrechte". Eine inhaltliche Änderung kann damit nicht bezweckt worden sein.
 - 2) Der Gesetzesentwurf wurde in § 88 a Abs. II auf Beschluß des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (23. Ausschuß) noch ergänzt. Während er ursprünglich gelaute hatte: "Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht an den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen nur wegen seiner fälligen Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen", wurde er mit dem Zusatz: "...ein "nach allgemeinen Vorschriften bestehendes" Zurückbehaltungsrecht....versehen. Damit sollte offenbar klargestellt werden, daß § 88 a selbst nicht die Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts bilden kann.

Durch diesen § 88 a HGB wurde kein neues Zurückbehaltungsrecht geschaffen; die bereits bestehenden gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte des Handelsvertreters wurden lediglich neu geregelt, bzw. ergänzt. Um daher überhaupt zu einer Anwendung dieser Vorschrift zu gelangen, ist die Möglichkeit eines Entstehens gesetzlicher Zurückbehaltungsrechte Voraussetzung.

III. DAS BÜRGERLICHE ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT

A. Begriff und Wesen

Wie schon oben erwähnt, kannte das gemeine Recht keine einheitliche Bestimmung des Retentionsrechts. Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts war daher vor Einführung des BGB sehr umstritten. Diese Meinungsverschiedenheiten wurden durch die in § 273 BGB gegebene Regelung beseitigt, da das BGB durch das in Klammern beigefügte Wort "Zurückbehaltungsrecht" eine Legaldefinition gibt. Aus dieser Begriffsbestimmung ist ersichtlich, daß das Zurückbehaltungsrecht insoweit eng begrenzt ist, als es scharf von anderen Rechten geschieden werden muß, bei welchen zwar auch von "zurückbehalten" gesprochen wird, ein Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne jedoch nicht vorliegt. Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts umfaßt demnach 4 Fälle nicht:

- 1) Fälle, in denen der Retinent zu dauernder Zurückbehaltung berechtigt ist.
- 2) Fälle, in denen die Zurückbehaltung einer Sache nur die Folge eines umfassenderen Rechts ist.
- 3) Fälle, in welchen der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet ist.
- 4) Fälle, in welchen für den Fordernden erst durch vorangegangene eigene Leistung ein Anspruch entsteht ¹⁾

Trotz des scheinbar eindeutigen Wortlauts ist das Wesen des Zurückbehaltungsrechts im Schrifttum umstritten. Einigkeit herrscht darüber, daß es eine Einrede begründet. Dies er-

1) Vgl. hierzu im einzelnen: Frey, August: Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, Diss. Erlangen 1913, S. 2 f; Peil, Arthur: Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht, Diss. Rostock 1904, S. 16 ff; Grüneberg, Kurt: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB unter besonderer Berücksichtigung der Konnexität, Diss. Heidelberg 1911, S. 3 ff; Albrecht, Konrad: Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem BGB; Diss. Rostock 1907, S. 9 f; Schwertner, Paul: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem BGB, Diss. Leipzig 1904, S. 16 f und Bleyer, a. a. O., S. 17 ff, der als weitere Fälle noch die Einrede des nichterfüllten Vertrags bei gegenseitigen Verträgen und den Fall, daß eine Leistung lediglich wegen Gefahr der Befriedigung verweigert wird, anführt.

gibt sich aus dem Gesetz selbst, das es in § 202 Abs.II BGB unter die aufschiebenden Einreden zählt¹⁾. Dagegen wird die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht ein selbständiges Recht darstellt, nicht einheitlich behandelt. Es kann zwar persönlichen wie dinglichen Ansprüchen begegnen, dagegen kann es nicht als dingliches Recht bezeichnet werden, da es - wie noch auszuführen sein wird - dritten dinglich Berechtigten wie Pfändungspfandgläubigern und der Konkursmasse gegenüber versagt und nur dem verpflichteten Gläubiger selbst und dessen Zessionaren entgegengesetzt werden kann²⁾. Crome³⁾ behauptet, es sei weder ein persönliches noch ein dingliches Recht, sondern eben nur eine persönlichen oder dinglichen Ansprüchen entgegenstehende Einrede. Oertmann sagt, das Zurückbehaltungsrecht sei kein selbständiges Recht, sondern eine besondere Form für die Geltendmachung eines anderweitigen, meist persönlichen Rechts. Als Gestaltungsrecht sei es nicht aufzufassen, da seine Geltendmachung keine anderweitige Gestaltung der Rechtsverhältnisse herbeiführe⁴⁾. Ich bin dagegen mit Siber⁵⁾ der Ansicht, daß es sich zwar weder um ein dingliches noch um ein obligatorisches Recht handelt, da es keinerlei Verpflichtungen erzeugt⁶⁾, wohl aber um ein Gestaltungsrecht, da seine Geltendmachung zu einer vom Klageantrag abweichenden Verurteilung führt, nämlich zur Herausgabe Zug um Zug⁷⁾.

-
- 1) Planck-Siber: Kommentar zum BGB; Bd.II, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914, Anm. I c zu § 273 BGB, S. 168 und Dantschow, Wladimir: Das bürgerliche und kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach dem deutschen, französischen und bulgarischen Recht, Diss. Erlangen 1932, S. 2 sind der Ansicht, daß die Einrede des § 273 der aufschiebenden Einrede nur ähnlich sei, weil abweichend von der Regel im Prozeß nicht Klageabweisung, sondern nur Verurteilung Zug um Zug erfolgt. Sie bezeichnen sie daher als anspruchsändernde Einrede.
 - 2) Daß das Zurückbehaltungsrecht kein dingliches Recht darstellt, ist allgemeine Meinung.
 - 3) Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts; Bd. I Tübingen 1900, § 124, S. 546. Crome schließen sich an Hirschfeld, Albert: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB, Diss. Leipzig 1905, S. 2 u. Schwertner, a. a. O., S. 81.
 - 4) Oertmann, Paul: Kommentar zum BGB; 2. Buch, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1910, Anm. Nr. 5 a zu § 273 BGB, S. 136
 - 5) Siber, Heinrich, in Planck-Kommentar. S. 168
 - 6) siehe hierzu auch Kap.: Begriff, Wesen und Zweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts
 - 7) So auch Dantschow, a. a. O. S. 2.

3. Zweck

Die Grundlage des Zurückbehaltungsrechts ist die Billigkeit. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts ergibt sich aus der Tatsache, daß der § 273 BGB eigentlich nur einen gesetzlich festgelegten Fall des allgemeinen Gedankens des § 242 BGB darstellt, wonach derjenige treuwidrig handelt, der etwas fordert, ohne selbst zu leisten, obwohl er dazu verpflichtet wäre. Es soll erreicht werden, daß auch der Schuldner eine ihm aus demselben rechtlichen Zusammenhang gebührende Leistung von dem Gläubiger erhält. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts besteht daher in einer Sicherung des Schuldners. Daß es sich allerdings nur um eine mittelbare Sicherung handelt, ergibt sich daraus, daß § 273 BGB kein unmittelbares Zwangs- oder Befriedigungsrecht gibt. Allseitig anerkannt ist die Sicherungsfunktion des Zurückbehaltungsrechts insofern, als der Schuldner, solange er dem Gläubiger die diesem gebührende Leistung vorenthält, diese als Sicherheit für die ihm vom Gläubiger geschuldete Gegenleistung in Händen hat. Dies entspricht auch dem Entstehungsgedanken des Zurückbehaltungsrechts, nämlich der Billigkeit. Meinungsverschiedenheiten bestehen jedoch darüber, ob das Zurückbehaltungsrecht ausschließlich dem Sicherungszweck dient, oder ob es zugleich Zwangsmittel sein soll. Wie Schlegelberger¹⁾ und Seidel²⁾ richtig ausführen, lassen die Motive diesen Streit unentschieden, da sie kurz hintereinander einmal von einem Sicherungs- und Zwangsmittel und dann wieder nur von einem Sicherungsmittel sprechen³⁾. Daß es sich jedoch nur um ein Sicherungsmittel handeln kann, ergibt sich aus der Bestimmung des § 273 Abs.3 BGB, der dem

1) Schlegelberger, a.a.O. S.102.

2) Seidel, Friedrich: Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts, Diss. Leipzig 1907, S.3

3) Motive Bd.II, S. 41, 42, 43

Gläubiger das Recht gewährt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Leistung einer Sicherheit abzuwenden. Wie Schlegelberger betont ¹⁾, müßte man dem Gesetzgeber Inkonsequenz vorwerfen, wenn man annehmen wollte, daß er das Zurückbehaltungsrecht als Zwangsmittel gedacht habe, trotzdem aber seine Anwendung durch Sicherheitsleistung zulasse; durch diese könnte ja jeder Zwang zur Leistung illusorisch gemacht werden. Auch daraus, daß der Grundgedanke des Zurückbehaltungsrechts das Billigkeitsgefühl ist, muß geschlossen werden, daß es nur als Sicherungsmittel gedacht sein kann. Daß durch seine Geltendmachung in der Praxis vielfach ein Druck auf den Gegner ausgeübt wird, insofern also tatsächlich eine indirekte Zwangswirkung eintritt, soll nicht bestritten werden; jedoch ist dies nicht eine vom Gesetzgeber gewollte Funktion des Zurückbehaltungsrechts, sondern Nebenerscheinung ²⁾.

1) S. 103

2) Dieser Ansicht sind:

Enneccerus-Lehmann Bd.II § 125 S. 114; Planck, a.a.O. Anm.4 zu § 273; Breuer, Johann: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB, Diss. Bonn 1904, S.8 f; Hinsenkamp, Wilhelm: Zur Lehre vom Zurückbehaltungsrecht des BGB, Diss. Leipzig 1914, S.14 f; Seidel, a.a.O., S.2 f; Luhmann, a.a.O., S.17; Albrecht, a.a.O., S.11; Hirschfeld, a.a.O. S.3;

wohl derselben Meinung, indem sie es als indirektes Zwangsmittel bezeichnen:.

Dernburg, Heinrich: Bürgerliches Recht; 4.Auflage, Halle 1909, Bd.II § 57; Crome, a.a.O., Bd.I, § 124;

anderer Ansicht:

Endemann, a.a.O., § 126, 3 S. 713; Staudinger, Julius v.: Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz; Bd.II 9.Auflage, München, Berlin, Leipzig 1930, Anm.II 2 b zu § 273 BGB; Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch; Bd.I und II, 8.Auflage, Stuttgart u. Köln 1952, Anm.1 zu § 273 BGB; Frey, a.a.O., S.8 ff.

C. Voraussetzungen

1. Anspruch des Unternehmers

Der Handelsvertreter kann das Zurückbehaltungsrecht wegen ihm gebührender fälliger Leistungen des Unternehmers grundsätzlich allen Ansprüchen des Unternehmers entgegen setzen, sofern die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist also in erster Linie ein Anspruch des Unternehmers gegen den Handelsvertreter, dessen Inhalt vom Zurückhaltenden zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verwendet wird. Die rechtliche Natur dieses Anspruchs ist gleichgültig; er kann auf obligatorischem, wie auch auf dinglichem Rechte beruhen. Voraussetzung ist lediglich, daß er klagbar ist.

Da nur Leistungen zurückhaltbar sind, muß stets für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts eine Leistungspflicht des Handelsvertreters vorliegen. Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Leistungen kennt das BGB dabei nicht, vielmehr kommt alles in Betracht, was nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden kann. Der Anspruch des Unternehmers kann sich also sowohl auf die Herausgabe körperlicher Sachen, als auch auf Handlungen und Rechte beziehen. Gem. § 241 BGB kann die Leistung sogar in einem Unterlassen bestehen, z.B. also darin, daß es der Handelsvertreter unterläßt, für weitere Unternehmer tätig zu werden. Die einzelnen beim Handelsvertreter-Verhältnis in Betracht kommenden Fälle werden anschließend ¹⁾ erörtert werden.

1) siehe Kap.: Hauptanwendungsfälle

Der Anspruch des Unternehmers gegen den Handelsvertreter, oder dessen Verpflichtung zu der vom Unternehmer verlangten Leistung bilden den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. Es wird daher zunächst zu untersuchen sein, welche Forderungen des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter für die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts in Betracht kommen. Sie werden sich aus den gesetzlichen und vertraglichen Pflichten des Handelsvertreters, die er mit Eingehung des Handelsvertreters-Verhältnisses übernimmt, ergeben. Die gesetzlichen Pflichten sind in § 86 HGB festgelegt, wonach er bei der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften die Interessen des Unternehmers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen hat.

Während man bisher die Pflicht des Handelsvertreters tätig zu werden, aus dem zwischen ihm und dem Unternehmer abgeschlossenen Dienstvertrag ableiten mußte, stellt § 86 Abs. I HGB diese für das Vertragsverhältnis wesentliche Verpflichtung ausdrücklich heraus¹⁾. Der Unternehmer hat also einen Anspruch darauf, daß sich der Handelsvertreter regelmäßig um die Vermittlung bzw. den Abschluß von Geschäften bemüht. Hierbei ist er zur Prüfung der Kreditwürdigkeit seiner Kunden sowohl beim, als auch nach dem Kaufabschluß verpflichtet. Er hat die Marktlage der von ihm vertretenen Waren zu beobachten und den Unternehmer entsprechend zu unterrichten, wie er überhaupt dem Unternehmer alle erforderlichen Nachrichten zu geben und ihm insbesondere von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Mitteilung zu machen hat²⁾. Auf Verlangen hat er auch über den jeweiligen Stand eines Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen³⁾. Schließlich ist er grundsätzlich verpflichtet, gewisse geschäftliche Weisungen des Unternehmers

1) Amtliche Begründung zum Entwurf § 86 I, S. 18

2) § 86 Abs. II HGB

3) § 666 BGB

zu befolgen, soweit diese mit dem Wesen des Handelsvertreter-Verhältnisses in Übereinstimmung stehen¹⁾, andererseits kann unter Umständen eine Abweichung von diesen Weisungen sogar zur Pflicht werden, wenn er den Umständen nach annehmen muß, daß der Unternehmer bei Kenntnis der Sachlage diese Abweichung billigen würde. Alle diese Pflichten hat der Handelsvertreter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers wahrzunehmen; bei ihrer Verletzung macht er sich Schadensersatzpflichtig.

Aber auch aus anderen Gründen kann ein Schadensersatzanspruch des Unternehmers entstehen, z.B. aus einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Handelsvertreters. Diese Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ergibt sich aus seiner Pflicht, die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen und bleibt auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bestehen²⁾. Selbstverständlich kann sich der Handelsvertreter auch Schadensersatzpflichtig machen, wenn er abredewidrig für andere Unternehmer tätig wird oder von Geschäftspartnern des Unternehmers irgendwelche Vergünstigungen (Schmiergelder) annimmt.

Neben Schadensersatzforderungen können dem Unternehmer auch Rückforderungsansprüche aus übergebenen Gegenständen zustehen. Hierher gehören in erster Linie die dem Handelsvertreter gem. § 86 a Abs. I HGB übergebenen Unterlagen, wie Musterkoffer, Warenproben, Zeichnungen, Preislisten, Werbedrucksachen und Geschäftsbedingungen, sofern diese für die Ausübung seiner Tätigkeit nicht mehr erforderlich sind. Weiterhin sind hier die zu verkaufenden Waren, die sich im Besitz des Handelsvertreters befinden, vom Unternehmer zur Verfügung gestellte Geschäftseinrichtungsgegenstände und ein dem Unternehmer gehörender Kraft-

) Darüber, daß eine gewisse Weisungsgebundenheit dem Begriff des Handelsvertreters nicht entgegensteht, vgl. Kapitel: Begriff des Handelsvertreters.

) § 90 HGB

wagen zu nennen. Bei Beschädigung dieser Gegenstände können dem Unternehmer neben Rückforderungsansprüchen auch Schadensersatzansprüche zustehen.

Herauszugeben hat der Handelsvertreter auch das, was er z.B. als Einkaufsvertreter für den Unternehmer in Empfang genommen hat, also eingekaufte Ware und gegebenenfalls die darüber erhaltenen Traditionspapiere. Ebenso hat er als Verkaufsvertreter vom Kunden in Empfang genommene Zahlungen oder zurückgegebene Waren an den Unternehmer abzugeben.

Auch aus einer vorschußweise bezahlten Provision kann sich ein Rückforderungsanspruch des Unternehmers ergeben. Derartige Provisionsvorschüsse können einmal dadurch entstehen, daß bereits verprovisionierte Geschäfte ohne Schuld des Unternehmers nicht zustande kommen oder wieder storniert werden, oder zum anderen dadurch, daß der Handelsvertreter nicht genügend Aufträge hereinbringt.

Schließlich kann dem Unternehmer aus Bürgschaft oder einer vereinbarten Vertragsstrafe ein Anspruch erwachsen. Dies kann der Fall sein, wenn der Handelsvertreter die Delkrederhaftung übernimmt, also eine Ausfallbürgschaft. Durch ihre Übernahme verpflichtet sich der Handelsvertreter für Ausfälle zu haften, die aus von ihm getätigten Geschäftsabschlüssen entstehen. Es ist auch möglich, daß sich der Handelsvertreter für die Erreichung eines bestimmten Umsatzes vertraglich verbürgt und sich einer Vertragsstrafe für den Fall unterwirft, daß er diesen Umsatz nicht erreicht¹⁾.

Es wird später²⁾ untersucht werden, inwieweit sich diese Forderungen des Unternehmers zur Zurückbehaltung durch den Handelsvertreter eignen.

1) Eine derartige Vereinbarung ist zulässig und widerspricht nicht dem Wesen des Handelsvertreter-Vertrages (RGZ Bd.6 S.90)

2) siehe Kapitel: Hauptanwendungsfälle

2. Anspruch des Handelsvertreters

Die zweite Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist, daß dem Handelsvertreter gegen den Unternehmer, dem er zur Leistung verpflichtet ist, ein rechtlich existenter Gegenanspruch zusteht. Auch hier ist es ebenso wie beim Anspruch des Unternehmers ohne Belang, welchem Rechtsverhältnis er entspringt. Grundsätzlich genügt jeder Anspruch, gleichgültig, ob er dem Obligationsrecht, dem Sachenrecht oder einem sonstigen Rechtsgebiet angehört. Wesentlich ist lediglich auch hier, daß er rechtlich anerkannt und im Klagewege durchsetzbar ist¹⁾. Für den Handelsvertreter kommen als Ansprüche, derentwegen er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, solche auf zur Verfügungstellung von Unterlagen, Schadensersatzansprüche, Ansprüche auf Ersatz von Unkosten und Auslagen und schließlich als Hauptforderung der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung in Betracht.

Der Anspruch des Handelsvertreters auf Unterlagen und Information gründet sich auf eine Verpflichtung des Unternehmers, die eine grundlegende Voraussetzung für das Tätigwerden des Handelsvertreters darstellt. Aus Sinn und Zweck des Vertragsverhältnisses folgt nach Treu und Glauben, daß der Unternehmer den Handelsvertreter bei seiner Tätigkeit zu unterstützen hat. Da der Handelsvertreter verpflichtet ist, sich um die Vermittlung und den Abschluß von Geschäften zu bemühen, hat er Anspruch darauf, daß der Unternehmer ihm die Unterlagen zur Verfügung stellt, die er zu seiner Tätigkeit benötigt²⁾. Welche Unterlagen im einzelnen für

1) so die allgem. Meinung. Anderer Ansicht Breuer, a.a.O. S.42 und Hinsenkamp, a.a.O. S.35

2) Amtl. Begründung zum Entwurf § 86 a I S.19

den Handelsvertreter erforderlich sind, hängt von der einzelnen Branche ab und kann nicht generell festgelegt werden. Die Aufzählung in § 86 a HGB ist daher auch nicht ausschließlich, sondern beispielhaft.

Kommt der Unternehmer seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der Handelsvertreter einmal wegen dieser Pflichtverletzung zurückhalten, zum anderen kann ihm aber dadurch auch ein Schadensersatzanspruch entstehen, wegen dessen er zurückhalten kann.

Dies kann auch dann der Fall sein, wenn es der Unternehmer unterläßt, die erforderlichen Nachrichten zu geben, z.B. wenn er neue Muster herausbringt oder wenn sich die Geschäftsbedingungen ändern. Insbesondere hat er - ebenso wie der Handelsvertreter ihm gegenüber - die Pflicht, dem Handelsvertreter unverzüglich Mitteilung zu machen, wenn er von der Kreditunwürdigkeit eines Kunden Kenntnis erlangt. Diese Pflicht besteht selbstverständlich in erhöhtem Maße einem Handelsvertreter gegenüber, der die Delkredere-Haltung übernommen hat. Ebenso muß er den Handelsvertreter unverzüglich darüber unterrichten, ob er ein Geschäft annimmt oder nicht, oder wenn er Geschäfte voraussichtlich nur in erheblich geringerem Umfang abschließen kann oder will, als nach den Umständen zu erwarten ist. Die amtliche Begründung¹⁾ führt hierzu aus, daß der Unternehmer den Handelsvertreter nicht zwecklos arbeiten lassen darf. "Dem Handelsvertreter würde ein unnötiger Aufwand an Arbeit, Zeit und Kosten entstehen, wenn er im Hinblick auf den bisherigen Geschäftsgang seine Bemühungen um weitere Geschäfte zu einem Zeitpunkt uneingeschränkt fortsetzte, in dem der Unternehmer schon voraussieht, daß er die Geschäftsabschlüsse einschränken wird".

1) Amtl. Begründung zum Entwurf § 86 a II 2 S.20

Aus demselben Gesichtspunkt heraus kann dem Handelsvertreter ein Schadensersatzanspruch entstehen, wenn der Unternehmer ohne zwingenden Grund die Ausführung eines vom Handelsvertreter getätigten Abschlusses ablehnt¹⁾. In diesem Fall kann der Schaden des Handelsvertreters auch über das entgangene Entgelt hinausgehen. Das willkürliche Verhalten des Unternehmers kann nämlich weitergehende Nachteile, wie z.B. den Verlust eines wertvollen Kunden, zur Folge haben. Der dem Handelsvertreter durch die Handlungsweise des Unternehmers aus positiver Vertragsverletzung zustehende Schadensersatzanspruch wird sich deshalb möglicherweise nicht in der Zahlung der Provision für das nicht ausgeführte Geschäft erschöpfen.

Schließlich kann einem Handelsvertreter, dem die Alleinvertretung für einen bestimmten Artikel, ein bestimmtes Gebiet oder einen festgelegten Kundenkreis übertragen worden ist, ein Schadensersatzanspruch erwachsen, wenn der Unternehmer vertragswidrig noch weiteren Handelsvertretern die Tätigkeit im Gebiet oder Aufgabenkreis des Alleinvertreters überträgt.

Neben Schadensersatzansprüchen können dem Handelsvertreter Ansprüche auf Ersatz von Auslagen und Unkosten zustehen. Regelmäßig wird dies nicht der Fall sein, jedenfalls nicht bezüglich der Aufwendungen, die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Handelsvertreters entstanden sind²⁾.

1) Der Unternehmer ist dem Handelsvertreter gegenüber zwar grundsätzlich frei in seinen Entschließungen und nicht verpflichtet, die von diesem eingebrachten Anträge anzunehmen. Er darf aber nicht den Abschluß eines Geschäfts ohne jeglichen beachtlichen Grund, also willkürlich, oder gar in der Absicht, den Handelsvertreter zu schädigen, ablehnen.

Urteil des BGH vom 17.10.1960 - VII ZR 216/59 - , abgedruckt in Versicherungsrecht 1960, S.1036

2) § 87 d HGB

Dies folgt aus der Selbständigkeit des Handelsvertreters, der eben einen eigenen Gewerbebetrieb hat und nur für das Handelsgewerbe eines anderen, nicht aber in demselben tätig wird. Zu den im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Aufwendungen gehören vor allem Fahrtkosten, Porti-, Telegramm- und Fernsprechkosten, Geschäftsmieten, Lagerkosten, Frachtkosten; weiterhin die Kosten für die Ausstattung der Geschäftsräume, Anschaffungs- und Betriebskosten eines Kraftwagens, die Gehälter der Angestellten und die Werbungskosten. Für diese Aufwendungen kann der Handelsvertreter (§ 87 d HGB) nur Ersatz verlangen, wenn dies handelsüblich ist. Für die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes gemachten Aufwendungen kann er gem. §§ 670, 675 BGB immer Ersatz verlangen, wenn er auf Weisung des Unternehmers gehandelt hat. Hat er aus eigener Initiative gehandelt, so kann er einen Ersatzanspruch nur geltend machen, wenn seine Maßnahmen im Interesse des Unternehmers lagen und auch dessen Absichten entsprachen¹⁾. Im Einzelfall muß die Entscheidung, ob es sich um "im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandene" oder um außergewöhnliche Aufwendungen handelt, nach Treu und Glauben und nach den Regeln der Verkehrssitte erfolgen. Hierbei wird außer dem Handelsbrauch entscheidend sein, ob der Handelsvertreter die Aufwendungen hauptsächlich in seinem oder im Interesse des Unternehmers macht.

Nach diesen Gesichtspunkten richtet sich auch, ob dem Handelsvertreter Ansprüche wegen Verwendungen auf den zurückbehaltenen Gegenstand zustehen können. So wird er z.B. - wenn nicht eine besondere vertragliche Regelung getroffen worden ist - keine Ersatzansprüche für seine durch Reparaturen bedingten Auslagen an einem ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Kraftwagen haben. Dagegen werden ihm

1) § 683 BGB

solche zustehen, wenn er Verwendungen zur Instandsetzung der ihm vom Unternehmer zur Weiterleitung an den Kunden übersandten Waren trifft, wenn diese z.B. beim Transport beschädigt wurden.

Der Hauptanspruch des Handelsvertreters ist naturgemäß der Vergütungsanspruch. Die übliche Vergütung des Handelsvertreters ist die Provision, d.h. ein Prozentsatz des Geldäquivalentes des durch das vermittelte bzw. abgeschlossene Geschäft bewirkten Warenumsatzes. Auf Grund von Vereinbarung kann der Handelsvertreter auch ein Gehalt oder eine Mindestprovision, oder ein Fixum und Provision oder in seltenen Fällen eine Tantieme - das ist ein Gewinnanteil für einen bestimmten Zeitraum an einzelnen Geschäften oder am Gesamtgeschäft - als Vergütung erhalten. Eine ausführliche Behandlung dieses in den §§ 87, 87 a, 87 b HGB geregelten Anspruchs würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und muß daher unterbleiben. Unter gewissen Voraussetzungen hat der Handelsvertreter auch einen unabdingbaren Anspruch auf Voranschuß ¹⁾.

Ein weiterer, mit dem Anspruch auf Provision in Verbindung stehender Anspruch des Handelsvertreters ist der auf Erteilung eines Buchauszuges ²⁾ über alle Geschäfte, für die ihm nach § 87 HGB Provision gebührt. Der Auszug muß in schriftlicher Form erfolgen - auch wenn es sich nur um eine kleine Anzahl provisionspflichtiger Geschäfte handelt - und hat sich insbesondere über Namen des Kunden, Menge, Art und Wert der bezogenen Ware, soweit diese für die Berechnung der Provision wesentlich ist, zu äußern ³⁾. Der Handelsvertreter, der durch Übersendung von Durchschlägen der Auftragsbestätigungen, Rechnungen und Versandanzeigen und der in der Maschinenbuchhaltung angefertigten Zusammenstellungen der provisionspflichtigen

1) § 87 a Abs. I Satz 2 HGB

2) § 87 c Abs. I HGB

3) Fröhlich - Wagner, a.a.O. S.33

Rechnungsbeträge bereits Einzelbuchauszüge erhalten hat, die in ihrer Zusammenstellung der Buchauszug sind, hat keinen Anspruch mehr auf Aushändigung eines Gesamtbuchauszuges, der inhaltlich nichts Neues mehr bringen könnte. Einen Buchauszug kann der Handelsvertreter in einem solchen Fall nurhinsichtlich solcher Geschäfte verlangen, die nicht in den Einzelbuchauszügen enthalten sind, aber nach den im Handelsvertreter-Vertrag getroffenen Vereinbarungen für ihn provisionspflichtig sind¹⁾. Es muß allerdings für den Handelsvertreter auf Grund der Einzelauszüge ohne Schwierigkeit möglich sein, seine Provisionsansprüche klar und zweifelsfrei zu berechnen. Ist dies nicht der Fall, so kann der Handelsvertreter zusätzlich einen vollständigen und aus sich heraus verständlichen Buchauszug verlangen²⁾. Läßt der schriftliche Buchauszug Fragen hinsichtlich Entstehung, Fälligkeit und Berechnung eines Provisionsanspruches offen, so kann der Handelsvertreter außerdem Mitteilung über alle wesentlichen Umstände verlangen³⁾.

Schließlich hat der Handelsvertreter sogar das Recht, Einsicht in die Geschäftsbücher und sonstigen Urkunden, wie Verträge, Korrespondenzen, Lieferungs- und Zahlungsbelege zu verlangen, wenn ihm der Buchauszug verweigert wird, oder er begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges hat⁴⁾. Nach Wahl

-
- 1) Schröder in einem Gutachten über den Anspruch des Handelsvertreters auf einen Buchauszug. Abgedruckt in Betriebsberater 1955, S. 181.
Holling: "Der Anspruch des Handelsvertreters auf einen Buchauszug". Gutachten.abgedruckt in Betriebsberater 1959, S.687 f
 - 2) Urteil des OLG Neustadt vom 24.9.2954; abgedruckt in Entscheidungen und Gutachten Nr.54
 - 3) § 87 c Abs.III HGB
 - 4) Macht der Handelsvertreter von diesem Recht Gebrauch und hat er damit Erfolg, so ist danach für das Verlangen auf Erteilung eines Buchauszuges kein Raum mehr, da der Anspruch auf Erteilung der Bucheinsicht gegenüber dem auf Erteilung eines Buchauszuges das weitergehende Recht ist. Urteil des BGH vom 13.7.1959 - II ZR 192/57 (GK) - abgedruckt in NJW 1959 S. 1964

des Unternehmers ist diese Einsicht entweder dem Handelsvertreter selbst oder einem vom Handelsvertreter zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen zu gewähren¹⁾. Ergibt sich die Unrichtigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges, so hat der Handelsvertreter gegen den Unternehmer einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Abrechnungspflicht²⁾.

Ein Zurückbehaltungsrecht nach Vertragsbeendigung ist denkbar auf Grund des Zeugnisanspruches, des Rückforderungsanspruches für eine geleistete Kautions- und des Ausgleichsanspruches.

Die Frage, ob der Handelsvertreter bei Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Anspruch auf die Ausstellung eines Zeugnisses hat, ist in der Literatur bestritten. Prinzipiell wird man hier dem Reichsgericht beitreten müssen, das dem Handelsvertreter keinen Anspruch auf Ausstellung eines schriftlichen Zeugnisses zubilligt³⁾. Zwar bezieht sich die Vorschrift des § 630 BGB auf alle dauernden Dienstverhältnisse, also demnach auch auf das Handelsvertreter-Verhältnis. Es ist aber zu berücksich-

1) § 87 c Abs. IV HGB

2) Baumbach, a.a.O. Anm.5 zu § 87 c HGB

Ein Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides durch den Unternehmer könnte für den Handelsvertreter nur ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn trotz Einsicht in die Geschäftsbücher und Erteilung eines Buchauszuges noch immer keine Klarheit geschaffen ist, oder wenn die vorgenannten Möglichkeiten dem Handelsvertreter aus einem besonderen Grunde verschlossen sind, z.B. weil ordentliche Bücher, in die Einsicht genommen werden könnten, beim Unternehmer nicht vorhanden sind, oder weil die Verfassung der Bücher so ist, daß der Handelsvertreter ohne Offenbarungseid nicht zu seinem Recht kommen würde.

Urteil des BGH vom 16.5.1960 - VII ZR 206/59 - abgedruckt in NJW 1960 S.1662;

Urteil des OLG Hamm vom 21.3.1957 - 18 U 251/56 - abgedruckt in NJW 1959 S.51

anderer Ansicht Holling: "Der Anspruch des Handelsvertreters auf einen Buchauszug" a.a.O.; Herschel-Beine a.a.O.S.127; Würdinger a.a.O.Anm.10 zu § 87 c HGB

3) RGZ Band 87; S.441; anderer Ansicht Schröder, a.a.O. Anm. 33 zu § 89 HGB

tigen, daß die Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag auf das Handelsvertreter-Verhältnis nur entsprechend angewendet werden können und da ausgeschlossen sein müssen, wo die Eigenart des Vertretungsverhältnisses dies gebietet. Gerade aus der Begründung¹⁾ der Aufnahme des § 630 in das BGB mit dem Hinweis auf § 113 Gewerbe-Ordnung und auf ähnliche Bestimmungen in den früheren Gesindeordnungen geht aber hervor, daß diese Vorschrift nur für solche Dienstverhältnisse bestimmt ist, die eine persönliche Abhängigkeit und Unterordnung des Dienstpflichtigen begründen. Der Handelsvertreter dagegen befindet sich in keinem Unterordnungsverhältnis, sondern ist persönlich unabhängig²⁾.

Etwas anders liegt der Fall bei Einfirmenvertretern, bei denen eine vertragliche oder weisungsmäßige Bindung an einen Unternehmer vorliegt. Daß diese Gruppe der Vertreter, die in ihrer Stellung noch am stärksten einem Angestellten angenähert sind³⁾, besonders sozial geschützt werden soll, ergibt sich aus der Schaffung des § 92 a HGB. Man wird ihnen daher im Gegensatz zu den Mehrfirmenvertretern auch einen Zeugnisanspruch zubilligen müssen⁴⁾.

Falls der Handelsvertreter bei Begründung des Vertragsverhältnisses dem Unternehmer eine Kautions gestellt hat, steht ihm nach Vertragsbeendigung selbstverständlich ein Rückforderungsanspruch zu, der dann ebenfalls die Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts bilden kann.

Schließlich wird dem Handelsvertreter in der Regel nach Vertragsbeendigung noch der sogenannte Ausgleichsan-

1) Protokolle Bd.II S.307 ff.

2) Amtl.Begründung zum Entwurf : 84 I 2 S.14, siehe auch Kapitel: Begriff des Handelsvertreters

3) Amtl.Begründung zum Entwurf § 92 a S.40

4) so auch Knapp, Joachim: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches; Aufsatz in Bundesanzeiger vom 31.7.1952, Anm.1 b Abs.2 zu § 98; Gros in AR-Blattei, D III Abschnitt V, 6; Herschel-Beine, a.a.O., S.145

spruch des § 89 b HGB zustehen, dessen Zweck darin besteht, einen Ausgleich zu schaffen zwischen den Vorteilen, die dem Unternehmer nach dem Ausscheiden des Handelsvertreters aus dessen Tätigkeit verbleiben und den Nachteilen, die dem Handelsvertreter hierdurch erwachsen, sofern und soweit ein solcher Ausgleich unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.¹⁾

3. Fälligkeit der Forderungen

Sowohl die zunächst behandelten Ansprüche des Unternehmers, wie auch die des Handelsvertreters müssen sich als fällige Forderungen gegenüberstehen. § 273 Abs. I BGB betont das Erfordernis der Fälligkeit nur bezüglich des Anspruchs des Schuldners, weil es die Fälligkeit des Gläubigeranspruchs als selbstverständlich voraussetzt. Ist der Anspruch des Unternehmers noch nicht fällig, so bedarf der Handelsvertreter überhaupt nicht des Zurückbehaltungsrechts, da er dann den Anspruch des Unternehmers schon durch die Geltendmachung der mangelnden Fälligkeit zu Fall bringen kann. Das Erfordernis der Fälligkeit für den Anspruch des Handelsvertreters entspricht dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts als einem Billigkeitsrecht²⁾, denn man kann nicht davon sprechen, daß der Handelsvertreter unbilligerweise benachteiligt werde, wenn der Unternehmer eine ihm zukommende Leistung fordert, die Erfüllung eines Gegenanspruches aber verweigert, weil dieser noch nicht fällig ist³⁾. Im Gegenteil wäre es unbillig, wenn der Handelsvertreter berechtigt wäre, wegen eines nichtfälligen Anspruchs zurückzuhalten, da dann das

1) Zu dem reichhaltigen Schrifttum zu § 89 b HGB siehe insbesondere die Dissertation von Gessler: Der Ausgleichsanspruch des Handels- und Versicherungsvertreters.

2) Luhmann, a.a.O. S.27

3) Schwertner, a.a.O., S.25

Zurückbehaltungsrecht nicht nur zur Sicherung des Handelsvertreters dienen, sondern über diesen Zweck hinaus zu einer vorzeitigen Befriedigung desselben führen würde; der Unternehmer wäre nämlich dann, um den lästigen Folgen des Zurückbehaltungsrechts zu entgehen, praktisch gezwungen, zur Erfüllung des noch nicht fälligen Anspruchs des Handelsvertreters zu schreiten.

Da ein Anspruch nach § 158,163 BGB erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins rechtlich entsteht, darf er, um fällig zu sein, nicht aufschiebend bedingt oder betagt sein. Dem Anspruch des Handelsvertreters entgegenstehende verzögerliche Einreden, wie z.B. die der Stundung, stehen der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts entgegen, wenn sie geltend gemacht werden¹⁾. Stundung ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den die gesetzlich bestimmte oder vereinbarte Leistungszeit hinausgeschoben wird. Während der im Stundungsvertrag bestimmten Zeit hat der Gläubiger also nicht das Recht, Befriedigung des Anspruchs zu verlangen. Eine dahingehende Klage würde gem. § 331 Abs.II ZPO abgewiesen. Daraus ergibt sich, daß Stundung die Fälligkeit ausschließt.

Zu welcher Zeit die Fälligkeit vorliegen muß, bestimmt das Gesetz nicht näher. Auf jeden Fall muß sie zu der Zeit vorhanden sein, zu der das Zurückbehaltungsrecht dem geltend gemachten Anspruch des Unternehmers entgegengesetzt wird. Entgegen der Ansicht von Frey²⁾ und Albrecht³⁾,

1) Diese Frage ist bestritten. Richtiger Ansicht sind Planck, a.a.O. Anm.2 a zu § 272 BGB; Schollmeyer, Friedrich: Kommentar zum BGB; Bd.II,1.Hälfte,München 1900, Anm.2 a zu § 273 BGB; Langheinecken,P.: Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903,S.330; Seidel,a.a.O.,S.58; Luhmann,a.a.O., S.28; Schwertner,a.a.O.,S.26; Albrecht, a.a.O. S.16.

Anderer Ansicht: Schlegelberger,a.a.O.,S.152 ff; Frey, a.a.O., S.19; Oesterheld, Karl Richard: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem BGB; Diss.Leipzig 1907,S.20; Staudinger, a.a.O. Anm.II 1 a zu § 273 BGB

2) Frey, a.a.O. S. 20

3) Albrecht, a.a.O. S.18

die sich auf eine Reichsgerichts-Entscheidung¹⁾ stützen, bin ich der Meinung, daß die Fälligkeit demnach spätestens bei Klageerhebung durch den Unternehmer vorhanden sein muß. Wird die Forderung des zurückhaltenden Handelsvertreters erst im Laufe des Rechtsstreits fällig, so ist ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen; denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Handelsvertreter von seinem Verzug auch noch Vorteile hätte²⁾

Schließlich ist noch die Frage zu prüfen, ob die Fälligkeit der Forderung durch die Einrede der Verjährung³⁾ ausgeschlossen werden kann. Dies ist in analoger Anwendung des § 390 Satz 2 BGB zu verneinen, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Unternehmers entstand. Ein verjährter Anspruch kann zwar, falls die Verjährungseinrede erhoben wird, nicht mehr erzwungen werden, besteht aber an sich fort⁴⁾. Aus den Bestimmungen des § 223 BGB, der trotz Verjährung weitgehendste Selbstsicherung zuläßt und § 390 BGB, wonach die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen

1) RGZ Band 57, S. 46. Diese Entscheidung behandelt zudem einen anderen Fall. Sie stellt nämlich lediglich fest, daß einem materiell begründeten Antrag des Klägers stattzugeben ist, wenn die Fälligkeit z. Zt. der Klageerhebung noch nicht gegeben war, aber vor Erlaß des Urteils eingetreten ist. Hier hat also lediglich der Kläger zu früh geklagt, während im Falle des noch nicht fälligen Zurückbehaltungsrechts dieser sich in Verzug befindet, da er vor Fälligkeit seiner Forderung die Sache eben nicht zurückbehalten kann.

2) derselben Ansicht auch Hinsenkamp, a. a. O. S. 37 und Luhmann, a. a. O., S. 29

3) Die Provisions- und Auslageforderungen, andere vereinbarte Vergütungen des Handelsvertreters, sowie die Forderungen auf Schadensersatz verjähren nach § 88 HGB in 4 Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluß des Jahres, in dem die Fälligkeit der Forderung eintritt. In gleicher Zeit verjähren auch die Ansprüche auf Abrechnung und Buchauszug, da diese zur Durchführung der Provisionsansprüche dienen. Vor der ausdrücklichen Regelung des § 88 HGB ergab sich dies aus § 196 Abs. II Ziffer 1 BGB in Verbindung mit Abs. II

4) § 222, 223 BGB

die andere aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, ergibt sich, daß das Gesetz auch verjährte Ansprüche berücksichtigt. Wenn demnach sogar eine Aufrechnung mit verjährten Forderungen möglich ist, wird man dem lange nicht so einschneidenden Zurückbehaltungsrecht für verjährte Ansprüche seine Anerkennung nicht versagen können¹⁾.

1) Dieser Ansicht sind:

Warneyer, Otto: Das BGB für das Deutsche Reich; 9. Aufl., Tübingen 1940, Anm. V zu § 273 BGB;
Staudinger, a.a.O. Anm. I, 1 d zu § 273 BGB;
Schlegelberger-Vogels, a.a.O. Anm. 10 zu § 273 BGB;
Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 25 I, 2;
Koenige-Teichmann-Köhler: Handausgabe des HGB (ohne Seerecht) 2. Aufl., Mannheim 1929, Anm. 1 a zu § 369 HGB;
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch; 15. Aufl., München und Berlin 1956, Anm. 3 zu § 273 BGB.

Ohne Einschränkung geben für verjährte Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht:

Schollmeyer, a.a.O. Anm. 2 a zu § 273 BGB; Frey, a.a.O. S. 11;
Vogel, Paul: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Recht des BGB; Diss. Leipzig 1904, S. 9; Schlegelberger, a.a.O. S. 147; Hinsenkamp, a.a.O. S. 36; Breuer, a.a.O. S. 45; Seidel, a.a.O. S. 67; Luhmann, a.a.O. S. 27; Oesterheld, a.a.O. S. 18; Albrecht, a.a.O. S. 13; Rehbein, H.: Das BGB mit Erläuterungen; Bd. II, Berlin 1903, S. 91; Hirschfeld, a.a.O. S. 24.

Folgende Schriftsteller halten das Zurückbehaltungsrecht für ausgeschlossen, wenn die Einrede der Verjährung geltend gemacht wird:

Planck, a.a.O. Anm. 2 a, bb zu § 273 BGB;
Oertmann, a.a.O. Anm. 2 a, B zu § 273 BGB.

Prinzipiell lehnen ein Zurückbehaltungsrecht für verjährte Forderungen ab:

Dernburg, a.a.O., Anm. 7 zu § 57;
Schoenberg, Ludwig: Die Voraussetzungen der in § 273 I BGB geschaffenen Retentionsbefugnis; Diss. Giessen 1901, S. 50 ff; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 4 a zu § 369 HGB; Schwertner, a.a.O. S. 28; Simon, a.a.O. S. 65; Renesse, Otto v.: Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nichterfüllten Vertrages; Diss. Leipzig 1906, S. 45; Wassermann, Siegmund: Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Naturalobligationen, insbesondere auf Grund verjährter Forderungen; Diss. Breslau 1919, S. 55; Langheinecken, a.a.O. S. 330; Endemann, a.a.O., § 126 Anm. 17, S. 712.

Die Ansprüche sowohl des Unternehmers, als auch des Handelsvertreters werden grundsätzlich mit ihrer Entstehung fällig¹⁾, soweit sich aus dem Gesetz oder Handelsvertrag nichts anderes ergibt. Eine derartige abweichende gesetzliche Regelung besteht bezüglich der Provisionsforderungen des Handelsvertreters. Diese werden gem. § 87 a Abs. IV HGB nicht mit Entstehung, sondern erst am letzten Tag des Monats fällig, an dem über die Ansprüche abzurechnen ist. Das Gesetz stellt also hier auf den Abrechnungstermin ab. Dies war in § 88 Abs. IV alter Fassung nicht ausdrücklich festgelegt, wurde aber in der Praxis genau so gehandhabt²⁾. Bei der Kodifizierung der neuen Bestimmungen zog man in Erwägung, dem Handelsvertreter die rechtliche Möglichkeit zu geben, den Provisionsanspruch schon zu einem früheren Zeitpunkt als dem der Abrechnung geltend zu machen. Der Regierungsentwurf stellte bezüglich der Fälligkeit auf die Entstehung des Anspruchs ab und sah vor, daß sie - je nach der vertraglichen Vereinbarung - 1 bis 4 Monate nach diesem Zeitpunkt eintreten sollte³⁾. Der Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, sowie der Ausschuß für Wirtschaftspolitik verwarfen diesen Vorschlag jedoch zugunsten der alten Regelung⁴⁾. Dieser Ansicht schlossen sich auch Bundestag und Bundesrat an, so daß nach der abgeänderten jetzigen Fassung des Gesetzes die Provision am letzten Tag des Monats fällig wird, in den der gesetzliche oder vertragliche Abrechnungstermin fällt. Gem. § 87 c HGB hat die Abrechnung über vom Handelsvertreter zu beanspruchende Provision monatlich zu erfolgen, wobei dieser

1) § 271 BGB

2) Herschel-Beine, a.a.O. S.121

3) § 87 a Abs. IV des Entwurfs lautete: "Der Anspruch auf Provision wird am letzten Tag des Monats fällig, in dem sie dem Handelsvertreter zusteht; die Fälligkeit kann um höchstens 3 Monate hinausgeschoben werden".

4) Vgl. den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht. Stenografischer Bericht der 280. Sitzung des Bundestages S.14 207, Anlage 24

Abrechnungszeitraum vertraglich auf höchstens 3 Monate erstreckt werden kann. Daß die Abrechnung unter Umständen erst bis zum Ende des dem Abrechnungszeitraum folgenden Monats zu erfolgen hat, dürfte auf den Zeitpunkt des Fälligwerdens der Forderung keinen Einfluß haben, da die Fälligkeit ohne Rücksicht darauf, wann die Abrechnung tatsächlich erfolgt, am Ende des Monats des Abrechnungstermins eintritt.

Bei Beendigung des Agenturverhältnisses vor dem Abrechnungszeitpunkt tritt sofortige Fälligkeit der bereits bestehenden Provisionsansprüche ein¹⁾. Würden diese, wie während der Vertragsdauer, erst nach dem in § 87 c HGB oder vertraglich festgesetzten Zeitpunkt der Abrechnung fällig werden, so käme ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung in vielen Fällen praktisch überhaupt nicht mehr in Betracht. Die Fälligkeit der Provisionsansprüche des Handelsvertreters könnte dann unter Umständen erst 1/4 Jahr nach Vertragsbeendigung liegen, so daß er erst zu diesem Zeitpunkt ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen könnte. Da er aber bei Vertragsbeendigung verpflichtet ist, alle dem Unternehmer gehörigen Sachen herauszugeben, hätte der Handelsvertreter zum Zeitpunkt der Fälligkeit seine bei Vertragsbeendigung vorhandene Deckung verloren, so daß eine Zurückbehaltung aus rein tatsächlichen Gründen unmöglich wäre. Da gerade bei Vertragsende die Möglichkeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ihre größte Bedeutung gewinnt, würde dessen praktischer Ausschluß mit dem Sinn des Zurückbehaltungsrechts - der Billigkeit - nicht in Übereinklang zu bringen sein. Es findet daher nach Vertragsbeendigung nicht § 87 a Abs. IV HGB, sondern die

1) So auch Schlegelberger, a.a.O. Anm. 43 zu § 87 a HGB; Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 2 c zu § 87 c HGB im Gegensatz zur 11. Auflage; Schröder, a.a.O. An. 20 zu § 88 HGB alter Fassung.

allgemeine Vorschrift des § 614 BGB Anwendung, so daß eine sofortige Fälligkeit der bereits bestehenden Ansprüche eintritt.

Genau so wie die Provisionsforderung wird auch der Anspruch des Handelsvertreters auf Erteilung eines Buchauszuges nicht schon mit dem Zeitpunkt der Entstehung, das wäre also bei Abschluß des ersten Geschäfts in dem jeweiligen Abrechnungsabschnitt, fällig. Er kann vielmehr erst zusammen mit der Abrechnung verlangt werden, so daß ein Zurückbehaltungsrecht wegen Nichterteilung des geforderten Buchauszuges erst in dem Zeitpunkt in Betracht kommen kann, in dem der Handelsvertreter berechtigt ist, Abrechnung über die getätigten Geschäfte zu verlangen, über die auch der Buchauszug Auskunft geben soll ¹⁾.

4. Wechselseitigkeit und Konnexität der Ansprüche

Eine weitere Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist die Wechselseitigkeit der Ansprüche, d.h. die Identität der Parteien. Handelsvertreter und Unternehmer müssen einander Leistungen schulden; der Schuldner der einen Forderung muß der Gläubiger der anderen sein. Nur in einigen ganz bestimmt bezeichneten Fällen verzichtet das Gesetz auf dieses Erfordernis²⁾. Für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter ist hiervon nur die Regelung des § 404 BGB wesentlich, wonach im Falle der Übertragung der Forderung des Unternehmers auf einen Dritten der Handelsvertreter dem Dritten gegenüber ein Zurückbe-

-
- 1) Nicht nötig für die Fälligkeit des Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszuges ist dagegen die Fälligkeit der im Buchauszug aufgeführten Provisionsforderungen, da diese gem. § 87 a Abs. IV ja erst am letzten Tag des Monats, in dem abzurechnen ist, eintritt.
 - 2) Im Falle der Rechtsnachfolge durch Übertragung der Forderung (§ 404 BGB), der Schuldübernahme (§ 417 BGB), der Vermögensübernahme (§ 419 BGB) und der Bürgschaft (§ 768 BGB).

haltungsrecht geltend machen kann, das z.Zt. der Abtretung der Forderung dem Unternehmer gegenüber begründet war.

Neben dem äußeren Band der Wechselseitigkeit zwischen dem Anspruch des Unternehmers und dem des Handelsvertreters verlangt das Gesetz auch noch ein inneres Verwandtschaftsverhältnis beider Ansprüche: sie müssen aus demselben rechtlichen Verhältnis entstanden sein. Während früher über den Begriff und Umfang der Konnexität lebhafter Streit bestand, steht heute fest, daß der Begriff "rechtliches Verhältnis" wesentlich weiter aufzufassen ist, als der des Rechtsverhältnisses, d.h., daß durchaus nicht alle rechtlichen Verhältnisse notwendig Rechtsverhältnisse sein müssen. Der Begriff desselben rechtlichen Verhältnisses ist heute unbestritten im weitesten Sinne zu verstehen und umfaßt nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Beziehungen¹⁾.

Alle unter Kap. III, C,1 und 2 erörterten gegenseitigen Ansprüche ergeben sich aus dem Handelsvertreter-Vertrag. Entweder können sie direkt zur Erfüllung der durch den Vertrag eingegangenen Verpflichtung gefordert werden, wie auf seiten des Unternehmers die Vermittlung von Geschäften durch den Handelsvertreter und auf seiten des Handelsvertreters die Provisionsauszahlung durch den Unternehmer, oder sie sind zumindest indirekt auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses entstanden, wie z.B. Schadensersatzforderungen. Es liegt daher ein "innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis"²⁾ vor, so daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht würde. Ein derartiger "innerer natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang"³⁾ ist für die beiderseitigen Ansprü-

1) Soergel, a.a.O. Anm. I zu § 273 BGB

2) RGZ Band 72, S. 65

3) RGZ Band 134, S. 146

che bei einer ständigen Verbindung von Vertragspartnern, bei welchen jeder Abschluß als Fortsetzung der früheren Abschlüsse aufzufassen ist, einwandfrei gegeben¹⁾. Es kann demnach kein Zweifel bestehen, daß alle sich aus dem Handelsvertreter-Verhältnis ergebenden gegenseitigen Ansprüche des Unternehmers und des Handelsvertreters auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, also konnex im Sinne des § 273 BGB sind.

Es wäre jedoch irrig anzunehmen, daß die Vorschriften über die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. §§ 320 ff BGB nunmehr anstelle des Zurückbehaltungsrechts eingreifen müßten, da - wie oben festgestellt - sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus einem Vertragsverhältnis hervorgehen. Um zur Anwendung der §§ 320 ff BGB zu gelangen, muß sich nämlich jede der beiden Leistungen von vornherein als Gegenleistung darstellen, d.h., sie muß das Ziel der von der Gegenseite versprochenen Leistung sein. Die Verpflichtung des einen Teils darf nicht ohne Rücksicht auf die Verpflichtung des anderen Teils geltend gemacht werden können. Aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages ergibt sich, daß jede Partei die ihr obliegende Leistung verweigern kann, bis die ihr geschuldete Gegenleistung bewirkt wird. Gerade dies ist jedoch beim Handelsvertreter-Verhältnis nicht der Fall. Die Forderungen zwischen Unternehmer und Handelsvertreter sind völlig selbständig und ihrer Natur nach nicht Zug um Zug zu erfüllen. Damit, daß man dem Handelsvertreter ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung des Unternehmers zuerkennt, wird lediglich Erwägungen der Billigkeit Rechnung getragen. Wie schon erörtert, bedeutet es eben einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, vom Handelsvertreter eine Leistung zu verlangen, ohne selbst seiner eigenen, mit der Leistungspflicht des Handelsvertreters in enger Beziehung stehenden -

1) RGZ Band 68, S.34 und Band 78, S.336

nicht aber von dieser abhängigen - Verpflichtung nachzukommen. Lediglich dieser allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben ist es, auf dem die Einrede des Zurückbehaltungsrechts beruht, nicht aber eine kontraktliche Bedingtheit gegenseitiger Verpflichtungen. Die Leistungen des Unternehmers und des Handelsvertreters stellen daher keine Gegenleistungen im Sinne der §§ 320 ff BGB dar, so daß diese Vorschriften auf das Handelsvertreter-Verhältnis nicht anwendbar sind, sondern es vielmehr bei der Regelung des § 273 BGB verbleibt.

5. Eigentums- und Besitzverhältnisse

Wird das Zurückbehaltungsrecht an Sachen geltend gemacht, so spielt die Frage, in wessen Eigentum die Sachen stehen, nach den Bestimmungen des BGB keine Rolle. Im Gegensatz zu dem später noch zu behandelnden kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters, wo dies nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 369 Abs.I Satz 2 möglich ist, gibt das BGB dem Handelsvertreter auch ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen Sachen und an Sachen Dritter ¹⁾

Darüber, ob für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB Besitz des Handelsvertreters an der zurückbehaltenen Sache Voraussetzung ist, besagt das BGB nichts. Hat der Handelsvertreter Besitz an der Sache, so kommt es auf die Art der Besitzerlangung nicht an. Insbesondere ist ein Zurückbehaltungsrecht nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Handelsvertreter den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Selbst wenn die Sache durch vorsätzlich unerlaubte Handlung in seinen Besitz gelangt ist, ist allein aus diesem Grund sein Zurück-

1) so auch Oesterhelt, a.a.O. S.15; Seidel, a.a.O. S.30; Luhmann, a.a.O. S.20; Frey, a.a.O. S.14

behaltungsrecht noch nicht ausgeschlossen¹⁾, sondern es sind hier die gesamten Umstände nach Treu und Glauben zu würdigen²⁾, es kommt also darauf an, ob sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes, insbesondere nicht eine Vorleistungspflicht des Handelsvertreters ergibt³⁾.

Auch wenn der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf den zurückbehaltenen Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens geltend machen will, darf er den Besitz durch vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt haben. Abs.II des § 273 BGB stellt nämlich nicht eine Einschränkung, sondern eine Erweiterung des Abs. I dar, so daß der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete neben Abs.II auch aus Abs.I ein Zurückbehaltungsrecht hat, wenn die dort verlangten Voraussetzungen gegeben sind, also insbesondere der Gegenanspruch des Handelsvertreters **konnex** im Sinne des Abs.I mit dem Anspruch des Unternehmers ist⁴⁾. Auf Grund des Handelsvertreter-Verhältnisses ist dies - wie oben ausgeführt - immer der Fall, so daß es also auf die Art der Besitzerlangung in keiner Weise ankommt.

Darauf, ob sich der Handelsvertreter bei Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts noch im Besitz der Sache befindet, kommt es ebenfalls nicht an⁵⁾. Nach dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts soll dem Handelsvertreter unter bestimmten Voraussetzungen, trotz Fälligkeit der von ihm zu bewirkenden Leistung, das Recht zustehen, diese Leistung

- 1) Staudinger, a.a.O. Anm. I 2 b zu § 273 BGB;
Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB; Bd.I 10 Aufl.,
Berlin 1953, Anm. 1 zu § 273 BGB
- 2) RG in JW 1919, S.242
- 3) Luhmann, a.a.O., S.41
- 4) Soergel, a.a.O. Anm.III, 1 und 5 zu § 273 BGB und die
dort angeführten RG-Entscheidungen;
Oertmann, a.a.O. Anm. 6 zu § 273 BGB
- 5) Schollmeyer, a.a.O. Anm. 5 zu § 273 BGB;
Partsch, Karl Josef: Das Zurückbehaltungsrecht; Diss.
Würzburg 1938, S.36; Düringer-Hachenburg, a.a.O.
Anm. 23 zu § 59 HGB; Breuer, a.a.O. S.146;
anderer Ansicht: Endemann, a.a.O. § 126 Anm. 10 und
Soergel, a.a.O. Anm. III,4 zu § 272 BGB

zu verweigern, wenn nicht der Unternehmer eine von ihm geschuldete, mit jener in engem Zusammenhang stehende Leistung ebenfalls bewirkt. Aus der Fassung des Gesetzes, das das Wort "Zurückbehaltungsrecht" lediglich als Definition für das Recht des Schuldners, "die geschuldete Leistung zu verweigern", gebraucht, ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß dieses Verweigerungsrecht an die Voraussetzung geknüpft ist, daß sich der Handelsvertreter noch im Besitz der geschuldeten Sache befindet. Den Motiven¹⁾, nach denen das Zurückbehaltungsrecht selbst mit dem unfreiwilligen Aufhören der Innehabung erlischt, kann daher nicht zugestimmt werden²⁾. Ist dem Handelsvertreter allerdings mit dem Verlust des Besitzes jede Möglichkeit genommen, sich denselben zurückzuverschaffen, z.B., weil er die Sache dem Unternehmer unter Verzicht auf sein Zurückbehaltungsrecht herausgegeben hat, so endigt damit das Zurückbehaltungsrecht³⁾. Im übrigen besteht es jedoch unabhängig davon, ob der Handelsvertreter zur Zeit der Geltendmachung die zurückbehaltene Sache in Besitz hat oder nicht. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt auch ein Vergleich mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, das im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich verlangt, daß der Handelsvertreter die Sachen oder Wertpapiere noch im Besitz haben muß.

1) Motive, a.a.O. Band II S.43

2) so auch Petersen, Rudolf: Vom Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen, insbesondere vom Einfluß des Besitzverlustes auf das Zurückbehaltungsrecht; Diss. Kiel 1934, S. 15

3) Dernburg, a.a.O. § 58 Ziff.6, S.126;
Renesse, a.a.O. S. 37

D. Grenzen

In einem im täglichen Leben besonders häufigen Fall ist das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters kraft positiver Gesetzesbestimmung ausgeschlossen. § 175 BGB versagt dem Handelsvertreter nach Erlöschen der Vollmacht ein Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde. Dies entspricht vollkommen dem dem Zurückbehaltungsrecht zugrunde liegenden Gedanken der Billigkeit; denn stünde dem Handelsvertreter auch nach Erlöschen der Vollmacht ein Zurückbehaltungsrecht zu, so müßte der Unternehmer Rechtsgeschäfte, die der frühere bevollmächtigte Handelsvertreter mit gutgläubigen Dritten unter Vorlegung der Urkunde abschließen würde, gegen sich gelten lassen¹⁾. Die Kraftloserklärung könnte ihn nicht in gleicher Weise wie die Rückgabe der Urkunde schützen, da sie nach § 176 BGB erst mit dem Ablauf des Monats nach dem letzten Einrücken in die öffentlichen Blätter wirksam wird.

Das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters ist weiterhin dann ausgeschlossen, wenn sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt. Es ist also von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht der dem Handelsvertreter obliegenden Pflicht, seine Leistung so zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, widersprechen würde.

Aus dem Inhalt der gegenseitigen Verpflichtungen kann sich ergeben, daß die Leistung des Handelsvertreters vor der des Unternehmers zu bewirken ist und daß ihre Zurückbehaltung wegen der letzteren unzulässig erscheinen muß. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn der Handelsvertreter dem Unternehmer zur Rechenschafts- oder Rechnungs-

1) § 172 Abs. II BGB

legung gegenüber seinen eventuellen Ansprüchen auf Erstattung der außergewöhnlichen Auslagen und Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist. Hier kann der Handelsvertreter nicht die Rechnungsablage verweigern, bis ihm der Unternehmer seine Auslagen ersetzt hat, denn es ist ja gerade der Sinn der Rechnungslegung, daß der Unternehmer über die Auslagen unterrichtet wird und die Berechtigung des Ersatzanspruches prüfen kann. Das Reichsgericht ¹⁾ führt zu dieser Frage aus, daß ebenso wie die Verpflichtung des Beauftragten und Geschäftsführers zur Rechnungslegung als eine Vorleistungspflicht anerkannt sei, aus dem Sinn und Zweck solcher den materiellen Anspruch vorbereitenden Leistungen die Unzulässigkeit einer Zurückbehaltung zu folgen sei. Besteht also eine, wenn auch nicht vertraglich festgelegte, aber sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergebende Vorleistungspflicht des Handelsvertreters, so kann er ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen.

Eine Zurückbehaltung von Handlungen ist stets ausgeschlossen, wenn die Nachholung der geschuldeten Handlung nicht mehr möglich ist, bzw. nicht mehr als Erfüllung bezeichnet werden kann. So kann der Handelsvertreter z.B. nicht mit seiner Pflicht, beim Abschluß von Kaufverträgen die Zahlungsfähigkeit seiner Kunden zu prüfen, zurückhalten. Ist nämlich der Kaufvertrag erst einmal abgeschlossen, so kann diese Prüfung zwar noch nachgeholt werden, bedeutet aber keine Erfüllung mehr; denn in manchen Fällen wird ein Vertrag zustande gekommen sein, der bei ordnungsgemäßer Prüfung der Kreditfähigkeit des Kunden durch den Handlungsvertreter nicht abgeschlossen worden wäre. Hier ist also die Einhaltung der Leistungszeit derartig wesentlich, daß die verspätete Vornahme der Handlung den Wert des Anspruches völlig vernichten würde.

1) RGZ Band 102, S. 111

Ebenso ist auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts an Unterlassungen durch das der Verpflichtung widerprechende Tun in allen Fällen unzulässig, in denen die Verweigerung der Erfüllung in eine vollständige Nichterfüllung mit der Folge des totalen Unmöglichwerdens der Verpflichtung zum Unterlassen übergehen würde. Der Handelsvertreter kann daher sein Zurückbehaltungsrecht nicht dadurch geltend machen, daß er z.B. Geschäftsgeheimnisse, zu deren Geheimhaltung er verpflichtet ist, Dritten preisgibt. Unter diesen Umständen würde die Vornahme der Handlung nicht ein zeitweiliges Zurückbehalten mit der Erfüllung bedeuten, sondern darüber hinaus zur völligen Beseitigung des Anspruchs des Unternehmers führen. Hat der Handelsvertreter entgegen seiner Unterlassungspflicht einmal Geschäftsgeheimnisse preisgegeben, so ist die einmal geschehene Handlung nicht mehr ungeschehen zu machen; die Unterlassungspflicht kann also überhaupt nicht mehr erfüllt werden.

Anderseits sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen der Handelsvertreter auch Unterlassungen zurückbehalten kann. So ist es in Ausnahmefällen¹⁾ möglich, daß er in Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts, entgegen einer eventuellen Abmachung nur für einen Unternehmer tätig zu werden, auch für weitere Unternehmer Geschäfte abschließt. Auch hier ist zwar die einmal geschehene Handlung, also das Tätigwerden, nicht mehr rückgängig zu machen; es ist dadurch aber der Anspruch des Unternehmers nicht völlig beseitigt worden. Der Handelsvertreter kann jederzeit wieder von der Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts absehen, also seine Unterlassungspflicht erfüllen. Im Gegensatz zu dem oben aufgeführten Fall der Zurückbehaltung der Geheimhaltungspflicht, ist hier kein irreparabler Schaden eingetreten.

1) Siehe Kap.: Anwendungsfälle, Zurückbehaltungsrecht an Handlungen und Unterlassungen.

Der Unterschied zwischen den beiden angeführten Fällen liegt darin, daß es sich bei dem ersteren um eine Verpflichtung zu einmaliger, bei dem letzteren um eine solche zu ununterbrochener Unterlassung handelt. Zwar ist der Handelsvertreter ununterbrochen verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse zu wahren, aber bereits eine einmalige Verletzung dieser Pflicht macht eine Erfüllung des Anspruchs für die Zukunft unmöglich. Man wird daher sagen können, daß dem Handelsvertreter zwar ein Zurückbehaltungsrecht an ununterbrochenen Unterlassungen zustehen kann, niemals jedoch an einmaligen Unterlassungen, dadurch die Erfüllung des Anspruchs des Unternehmers nicht hinausgeschoben, sondern für dauernd unmöglich gemacht würde.

Ausgeschlossen ist das Zurückbehaltungsrecht auch, wenn durch die Verweigerung der Leistung dem Unternehmer ein unverhältnismäßig großer und über die regelmäßige Wirkung des Zurückbehaltungsrechts weit hinausgehender Schaden entstehen würde. Dies könnte dann der Fall sein, wenn der Handelsvertreter mit der ihm obliegenden Berichtspflicht über die allgemeine Marktlage oder insbesondere über eine ihm bekannt gewordene Kreditunwürdigkeit eines Kunden zurückhalten würde. Aus diesem Grund kann der Handelsvertreter auch ihm erteilte Aufträge nicht zurückbehalten, um dadurch den Unternehmer zur Erfüllung vertragsmäßiger Verpflichtungen zu bestimmen¹⁾. Da nämlich die Kunden vom Unternehmer auf Grund dessen Unkenntnis von der Auftragserteilung nicht beliefert werden würden, könnte der Verlust des Auftrags oder unter Umständen sogar der Geschäftsverbindung die Folge sein. Hier findet, dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts entsprechend, sein Gebrauch seine natürliche Grenze an dem Schutzbedürfnis des Handelsvertreters, so daß er schließlich überhaupt versagt, wenn seine Geltendmachung den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen würde.

1) Warneyer, a.a.O. Anm. IX zu § 273 BGB

Umstritten ist die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht an Gegenständen möglich ist, die einen Verkaufswert nicht besitzen, bzw. wenn dieser Wert so gering ist, daß die Verwertung für den Fall der Pfändung einen Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt. Diese Frage kann gerade für den Handelsvertreter von besonderer Bedeutung sein, da die ihm übergebenen Unterlagen wie Werbematerial und dergleichen meistens keinen Verkaufswert besitzen.

Insbesondere Schlegelberger¹⁾ steht auf dem Standpunkt, daß die zurückbehaltenen Gegenstände eine reale Sicherung des Handelsvertreters darstellen müssen. Er unterscheidet dabei zwischen eigenen Sachen des Schuldners und solchen, die dem Gläubiger gehören. Sachen, die im Eigentum des Schuldners (Handelsvertreters) stehen, soll er ohne Rücksicht auf ihren Wert und Charakter zurückbehalten dürfen, während ihm an fremden Sachen nur dann ein Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, wenn sie seinen Anspruch wirklich sichern. Dies sei nicht der Fall bei Sachen, die wegen ihres geringen Wertes nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können²⁾. Es sei unbillig, daß der Schuldner unter dem Vorwand des Zurückbehaltungsrechts Sachen zurückbehalte, welche in keiner Weise geeignet seien, zur realen Sicherung zu dienen. Würde es dem Schuldner gestattet sein auch solche, dem Gläubiger gehörige Sachen zurückzuhalten, welche mangels Geldwertes der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, so wäre diese Befugnis kein Sicherungs- sondern ein Zwangsmittel³⁾. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Gerade weil das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht nur ein Sicherungsmittel für den Handelsvertreter darstellen soll und kein Befriedigungsrecht

1) Schlegelberger, a.a.O. S. 113 ff

2) § 803 Abs. II ZPO

3) Ebenso Staudinger, a.a.O. Anm. II 2 zu § 273 BGB und Hirschfeld, a.a.O. S. 28

gibt, kann es auf den objektiven Wert der zurückbehaltenen Sache nicht ankommen. Es können sehr wohl Sachen von sehr geringem, oder gar keinem objektiven Wert eine Sicherung für den Handelsvertreter darstellen, da sie für den Unternehmer von erheblichem Wert sein können. Als Beispiel möge eine Kollektion nur linker Schuhe dienen, die der Handelsvertreter zurückhalten will, während sich die rechten Schuhe im Besitz des Unternehmers befinden. Die halben Schuh-Paare besitzen praktisch keinen Verkaufswert und würden daher im Falle der Pfändung keinen Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung erbringen. Trotzdem haben sie sehr wohl einen subjektiven, ja sogar objektiven Wert für den Unternehmer. Wenn der Handelsvertreter daher an diesen Muster-Schuhen ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, so tut er das im Hinblick auf die ihm gebührende Leistung; er will durch die Zurückbehaltung nur den Unternehmer entweder zur Leistung oder zur Sicherheitsleistung veranlassen. Solange die zurückbehaltene Sache diesen Zweck erfüllen kann, ist nicht einzusehen, warum das Zurückbehaltungsrecht verboten werden soll¹⁾. Es kann daher gesagt werden, daß jeder Leistungsgegenstand, der für den Unternehmer von irgendwelchem Interesse ist, für den Handelsvertreter Sicherungswert hat und daher in Ansehung desselben die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts rechtfertigt²⁾.

Aus demselben Grunde können auch Urkunden zurückbehalten werden, die keine Forderung verkörpern und keinen selbständigen Marktwert besitzen, wie z.B. Versicherungsscheine³⁾ und Hypotheken- und Grundschuldbriefe⁴⁾. Dies kann von be-

1) So auch Dantschow, a.a.O. S.19

2) Derselben Ansicht: Warneyer, a.a.O. Anm.IX zu § 273 BGB; Planck, a.a.O. Anm. I a zu § 273 BGB; Dernburg, a.a.O. § 57 Anm. 14, S.124; Luhmann, a.a.O. S.20; Breuer a.a.O. S.23; Schwertner, a.a.O. S.23; Renesse, a.a.O. S.38

3) RGZ Band 51, S. 87

4) RGZ Band 66, S.24; so auch Planck, a.a.O. Anm.I a zu § 273 BGB; Dernburg, a.a.O. § 57 Anm.14; Ermann, Walter Handkommentar zum BGB; Köln 1953, Anm.2 zu § 273 BGB; Soergel, a.a.O. Anm. I, 2 zu § 273 BGB

sonderer Bedeutung für Versicherungs- und Bausparkassenvertreter sein, für die diese Urkunden häufig der einzige präsenste Gegenstand der Zurückbehaltung sein werden.

Wenn dagegen nicht der zurückbehaltene Gegenstand, sondern die Forderung des Handelsvertreters, wegen der er zurückbehalten will, nur einen geringen Wert darstellt, sind gewisse Einschränkungen zu machen. Handelt es sich bei dem zurückbehaltenen Gegenstand um ein unteilbares Objekt, so können m.E. im allgemeinen keine Bedenken bestehen, daß auch ein wertvoller Gegenstand auf Grund einer nur geringfügigen Forderung zurückbehalten werden kann¹⁾. Beim Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB fehlt eine dem § 320 Abs.II BGB entsprechende Bestimmung. Auch ohne eine solche Bestimmung kann allerdings das Zurückbehaltungsrecht im Einzelfall doch nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn z.B. für eine geringe und noch nicht geklärte Forderung eine hochwertige, zweifellos geschuldete Leistung zurückbehalten werden soll²⁾. Es muß sich jedoch hier tatsächlich um krasse Ausnahmefälle handeln, während man im allgemeinen dem Handelsvertreter einen völligen Verzicht auf sein Zurückbehaltungsrecht wegen der Geringfügigkeit seines Anspruchs schon deshalb nicht zumuten können wird, weil ja dem Unternehmer auch die Möglichkeit der Sicherheitsleistung offensteht³⁾.

1) So auch Schlegelberger-Vogels, a.a.O. Anm. 26 zu § 273 BGB und Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 20 zu § 369 HGB, der für den Fall, daß sich die Forderung des Handelsvertreters durch Aufrechnung oder Ähnliches mindert, ausführt, daß dies auf das Zurückbehaltungsrecht an einer unteilbaren Sache keinen Einfluß ausüben kann.

2) RG in JW 1935 und alle Kommentare

3) Derselben Ansicht Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 25 Anm. I, 5. Im Prinzip auch Planck, a.a.O. Anm. 1 d zu § 273 BGB, der allerdings meint, daß die Zurückbehaltung vielfach trotzdem ausgeschlossen sei, weil es der Rücksicht auf Treu und Glauben widerspreche, dem Gegner eine Sicherheitsleistung zuzumuten. Gerade der Grundsatz der Billigkeit scheint mir aber zu ergeben, daß es dem Unternehmer eher zuzumuten ist, eine Sicherheit zu leisten, als dem Handelsvertreter völlig auf sein Zurückbehaltungsrecht zu verzichten.

Anderer Ansicht die herrschende Meinung, die das Zurückbe-

Anders dagegen bei teilbaren Leistungen. Hier ergibt sich schon aus dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts, das ja nur ein Sicherungsmittel, nicht aber ein Zwangsmittel darstellen soll, daß nur ein der Höhe der Gegenforderung entsprechender Teil zurückbehalten werden darf¹⁾²⁾. Eine weitergehende Zurückbehaltung würde über diesen Zweck hinaus gehen und gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB verstoßen. Zwar spricht der Wortlaut des Gesetzes gegen eine Einschränkung, es ist aber zu berücksichtigen, daß die Billigkeit die Grundlage des Zurückbehaltungsrechts ist und daß es daher gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Handelsvertreter z.B. wegen einer geringfügigen Provisionsforderung ein ganzes Auslieferungslager zurückbehalten würde. Bei teilbaren Leistungen hat der Handelsvertreter also sein Zurückbehaltungsrecht auf den seiner Gegenforderung gegen den Unternehmer entsprechenden Teil der Leistung zu beschränken³⁾.

haltungsrecht wegen eines geringfügigen Anspruchs überhaupt als ausgeschlossen betrachtet; z.B. Staudinger, a.a.O. Anm.II, 1 zu § 273 BGB; Warneyer, a.a.O. Anm.IX zu § 273 BGB; RGR-Komm. Anm. 1 zu § 273 BGB

- 1) Entsprechend schon das Preuß.ALR I 20 § 552: "In allen Fällen, das Zurückbehaltungsrecht mag gegen den Schuldner oder einen Dritten ausgeübt werden, erstreckt sich dasselbe nur soweit, als es zur Deckung des dem Inhaber zukommenden Anspruchs erforderlich ist" und § 553:
"Übersteigt also der Wert der Sache den Betrag der Forderung, so kann der Inhaber nur einen verhältnismäßigen Teil der Sache zurückbehalten".
- 2) So auch Schlegelberger, a.a.O. S.141; RGZ Band 85, S.133; Warneyer, a.a.O. Anm.IX zu § 273 BGB mit Anführung von Urteilen.
- 3) Allgemeine Meinung z.B. Soergel, a.a.O. Anm.II, 5 zu § 273 BGB; RGR-Komm. Anm. 1 zu § 273 BGB; Schollmeyer, a.a.O. Anm. 1 b zu § 273 BGB; Schlegelberger-Vogels, a.a.O. Anm. 26 zu § 273 BGB; Schwertner, a.a.O. S.72; Luhmann, a.a.O. S.40; Grüneberg, a.a.O. S.13; Oesterheldt, a.a.O. S.60;
anderer Ansicht: Peil, a.a.O. S.68; Schenok: Die Lehre vom Retentionsrecht; 1837, S. 108 ff; Renesse, a.a.O. S.104.

Ist dem Handelsvertreter die Höhe seines Anspruchs nicht bekannt, so kann er selbstverständlich ein Zurückbehaltungsrecht nur dann ausüben, wenn diese Unkenntnis auf das Verschulden des Unternehmers zurückzuführen ist. Das wird z.B. dann der Fall sein, wenn ihm der Unternehmer die Abrechnung und den Buchauszug verweigert. Da der Handelsvertreter hier durch das Verschulden des Unternehmers die Höhe seiner Provisionsforderung nicht kennt, wird man ihm ein zwar nicht unbeschränktes, aber doch so weitgehendes Zurückbehaltungsrecht zubilligen müssen, daß er auf alle Fälle gedeckt ist ¹⁾.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, inwieweit der Handelsvertreter auf Grund einer vom Unternehmer zu fordernden Handlung zurückbehalten kann, da sich diese Forderung häufig nicht in Geld ausdrücken lassen wird, wie z.B. die eben genannte Forderung auf Erteilung eines Buchauszugs. Hier läßt sich eine quantitative Begrenzung in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht aufstellen. Der Handelsvertreter wird daher auf Grund solcher Forderungen Gegenstände in unbegrenztem Wert zurückhalten können, soweit dem Unternehmer dadurch nicht ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde.

Aus dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts als Sicherungsrecht ergibt sich weiterhin, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden darf, wenn für den Anspruch des Handelsvertreters schon anderweitige volle Sicherung besteht. ²⁾

1) Kunigam, Kurt: Das Zurückbehaltungsrecht beim Handelsagenturverhältnis; Diss. Leipzig 1937, S. 16 will hier ein unbeschränktes Zurückbehaltungsrecht gestatten. Dies erscheint mir jedoch unbillig, da es dem Handelsvertreter nichts nützt, dem Unternehmer aber Schaden kann.

2) Warneyer, a.a.O. An. IX zu § 273 BGB; RGR-Komm. Anm. 1 zu § 273 BGB; Staudinger, a.a.O. Anm. II, 2 b zu § 273 BGB mit Anführung von Entscheidungen.

Schließlich ist ein Zurückbehaltungsrecht im allgemeinen dann ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung der Leistung der von dem Unternehmer vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung, oder der von dem Handelsvertreter übernommenen Verpflichtung, die Leistung in einer bestimmten Weise zu erbringen, widerstreitet. Partsch¹⁾ glaubt, diese dem § 369 Abs.III HGB analoge Auslegung der Bestimmung, daß sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergeben dürfe, sei von der Rechtsprechung nicht akzeptiert worden. Sie versage ein Zurückbehaltungsrecht mit Berufung auf den einschränkenden Zwischensatz des § 273 Abs.I BGB nur dann, wenn die Leistungsverweigerung den Anspruch entgültig vereiteln würde, ein ganz offenkundiges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe oder die Beschaffenheit des Gegenstandes ein Zurückhalten verbiete. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Vielmehr kann der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht trotz entgegenstehender Weisung des Unternehmers oder einer von ihm übernommenen Verpflichtung nur in den Fällen des § 273 Abs.II BGB ausüben, da der Einwand, daß sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergebe, im Falle des Abs.II nicht zulässig ist²⁾.

Im folgenden soll daher an Hand der für den Handelsvertreter hauptsächlich in Betracht kommenden Hauptanwendungsfälle besprochen werden, wann, bzw. an welchen Leistungen dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht zusteht und in welchen Fällen sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt.

1) Partsch, a.a.O. S. 36

2) Soergel, a.a.O. Anm.III, 7 zu § 273 BGB; RG in JW 1925 S. 2232; Ermann, a.a.O. Anm.13 zu § 273 BGB; Vogel, a.a.O. S.20;

anderer Ansicht: Staudinger, a.a.O. Anm. I, 2 b zu § 273 BGB; Grüneberg, a.a.O. S.46

E. Hauptanwendungsfälle

1. Zurückbehaltungsrecht an Mustern und sonstigen Unterlagen

Es wird häufig die Meinung vertreten, daß ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters an ihm übergebenen Mustern während der Vertragsdauer nicht stattfinden kann, da dies der vom Handelsvertreter übernommenen Verpflichtung, in bestimmter Weise mit den Mustern umzugehen, widersprechen würde.¹⁾ Dem kann jedoch in dieser allgemeinen Fassung nicht gefolgt werden.

Richtig ist, daß das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters insoweit beschränkt ist, als er nicht berechtigt ist, Muster in Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts seinen Kunden vorzuenthalten. Insoweit ergibt sich nämlich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes, da die Muster dem Handelsvertreter ja mit der Anweisung übergeben wurden, sie den Kunden vorzulegen. Diese Anweisung braucht nicht ausdrücklich, sondern kann ebenso stillschweigend erteilt werden. Dies wird in der Regel auch der Fall sein; wenn nämlich der Unternehmer dem Handelsvertreter die Muster übersendet oder übergibt, so liegt bereits in dieser Tatsache die stillschweigende Anweisung, in bestimmter Weise damit zu verfahren, d.h., sie den Kunden vorzulegen. Da die Vorlage die einzige Zweckbestimmung von Mustern ist, übernimmt der Handelsvertreter, der für seine Tätigkeit Muster benötigt, bereits mit Abschluß des Handelsvertrages die Verpflichtung, diese dem Kunden vorzulegen²⁾.

Dagegen ist nicht einzusehen, warum dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht an diesen Mustern dem Unternehmer

1) so fast alle Kommentare

2) Kunigam, a.a.O. S. 36

gegenüber versagt sein soll. Diesem wird ja durch die Zurückbehaltung ein über die Vorenthaltung der Muster hinausgehender Schaden nicht zugefügt, da die Muster ihrer regelmäßigen Bestimmung gemäß trotz Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dem Kunden vorgeführt werden können¹⁾. Man wird sogar zu dem Schluß kommen, daß der Handelsvertreter an Mustern ein unbedingtes Zurückbehaltungsrecht - also auch den Kunden gegenüber - haben kann, wenn der Unternehmer diese aus irgendeinem Grunde während der Vertragsdauer zurückfordert. Durch die Aufforderung zur Rückgabe der Muster wird ja die Anweisung, diese beim Kunden in Vorlage zu bringen, hinfällig.

Ebenso wird man dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht nicht verweigern können, wenn die Muster ihren Zweck nicht erfüllen können oder bereits erfüllt haben. Dies kann einmal der Fall sein, wenn z.B. die Muster nur für einen bestimmten Kunden oder für einen bestimmten Kundenkreis oder Anlaß, wie z.B. eine Messe oder Ausstellung gedacht waren. Ist nun dieser Kunde aus irgendwelchen Gründen unerreichbar geworden, sei es, daß er vor Vorlage der Muster verstorben, ins Ausland verzogen oder für einen so langen Zeitraum nicht anzutreffen ist, daß eine Vorlage der Muster keinen Sinn mehr hat, so ist die Erfüllung der Vorlagepflicht unmöglich. Dasselbe gilt, wenn die Messe oder Ausstellung, für die die Muster bestimmt waren, nicht stattfindet. Es besteht dann keine Bindung mehr an die Anweisung des Unternehmers. Zum anderen kann die Bindung dadurch wegfallen, daß die Vorlagepflicht erledigt ist, nämlich nach Vorlage der Muster an den bestimmten Kunden oder nach Beendigung der Messe oder Ausstellung. In diesen Fällen liegt also keine besondere Anweisung mehr vor, so daß der Unternehmer nur sein normales Rückforderungsrecht hat

1) ebenso Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.23 zu § 59 HGB; Schmidt-Rimpler, a.a.O. S.165; Herschel-Beine, a.a.O. S.140

und ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nur dann nicht zur Entstehung gelangt, wenn der Unternehmer bei Übergabe der Muster weitere besondere Anweisungen für den Fall ihrer Zweckerfüllung oder wegen des Zeitpunkts ihrer Rückgabe getroffen hat.

In der Geltendmachung dieses Zurückbehaltungsrechts ist der Handelsvertreter auch nicht beschränkt. Schlegelberger¹⁾ meint, daß bei Unterlagen, deren Rückgabe der Unternehmer zulässigerweise verlangen kann, weil sie z.B. nur für ein bestimmtes, jetzt erledigtes Geschäft vorgesehen waren, oder weil sie überholt, oder aus einem sonstigen Grunde für die Tätigkeit des Handelsvertreters nicht mehr nötig sind, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zwar nicht ausgeschlossen, aber ebenso wie nach Beendigung des Vertragsverhältnisses beschränkt sei. Ein Zurückbehaltungsrecht würde demnach nur wegen fälliger Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen geltend gemacht werden können²⁾. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der Gesetzgeber hat das Zurückbehaltungsrecht an Unterlagen ausdrücklich und bewußt nur für die Zeit nach Beendigung des Handelsvertreter-Vertrages auf die für die Existenz des Handelsvertreters wichtigsten Ansprüche beschränkt, weil diese Unterlagen für den Unternehmer nach Vertragsende von besonderer Bedeutung sind. In der Regel wird der Unternehmer nämlich nach dem Ausscheiden des Handelsvertreters einen neuen Handelsvertreter mit der Vertretung seiner Interessen beauftragen, dem er die Unterlagen des ausgeschiedenen Handelsvertreters zur Verfügung stellen muß, die aus diesem Grunde für den Unternehmer einen erheblichen Wert haben und oft schwer ersetzbar sind. Diese Voraussetzungen sind während der Vertragsdauer nicht gegeben, so daß auch eine analoge Anwendung des § 88 a Abs. II HGB nicht in Betracht kommt.

1) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 8 zu § 88 a HGB

2) § 88 a Abs. II HGB

Die Ansicht, daß ein Zurückbehaltungsrecht an Mustern während der Vertragsdauer prinzipiell nicht besteht, ist daher abzulehnen. Es ist vielmehr eine Unterscheidung zu treffen zwischen der Zurückbehaltung der Vorlagepflicht und der Zurückbehaltung der Herausgabe der Muster. Mit der Vorlagepflicht den Kunden gegenüber kann der Handelsvertreter prinzipiell nicht zurückhalten, solange nicht eine gegenteilige Anweisung erfolgt, oder diese von selbst erledigt ist. Mit der Herausgabe an den Unternehmer kann der Handelsvertreter dagegen auch während des Vertragsverhältnisses zurückhalten, da sich die übernommene allgemeine Verpflichtung nicht auf die Rückgabe der Muster, sondern nur auf deren Vorlage beim Kunden bezieht, und diese durch die Geltendmachung weder vereitelt noch beeinträchtigt wird.

Das soeben Ausgeführte gilt genauso für alle übrigen zur Verfügung gestellten Unterlagen wie Zeichnungen, Preislisten, Werbedrucksachen, Geschäftsbedingungen usw. An selbst erarbeiteten Unterlagen wie z.B. Kundenkarten kann der Handelsvertreter sowieso stets ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, da - sofern an diesen Unterlagen überhaupt ein Anspruch des Unternehmers besteht - dieser jedenfalls nicht aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Handelsvertreter und Unternehmer resultiert, sondern höchstens allgemeiner Natur sein kann und damit ein Zurückbehaltungsrecht nicht verhindert.

2. Zurückbehaltungsrecht an Kraftfahrzeugen

Ein dem Handelsvertreter vom Unternehmer zur Verfügung gestellter Kraftwagen gehört nicht zu den Unterlagen i.S. des § 86 Abs. I HGB ¹⁾. An ihm hat der Handelsvertreter stets ein Zurückbehaltungsrecht. Hier liegt die der Über-

1) Herschel-Beine, a.a.O. S.224

gabe innewohnende Anweisung des Unternehmers, in einer bestimmten Weise mit dem Kraftfahrzeug zu verfahren, darin, daß der Handelsvertreter den Wagen dazu benutzen soll, um neue Geschäftsabschlüsse zu tätigen, oder in sonstiger Weise im Interesse des Unternehmers tätig zu werden. Eine besondere Verpflichtung des Handelsvertreters, den Wagen jederzeit zur Verfügung des Unternehmers zu halten, kann aus der Tatsache der Zur-Verfügung-Stellung allein nicht geschlossen werden; hier müßte eine besondere Anweisung vorliegen. Durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wird der Handelsvertreter in der Erfüllung seiner Pflichten nicht gestört, da er auch den zurückbehaltenen Wagen im Interesse des Unternehmers einsetzen kann, so daß diesem dadurch kein unbilliger Schaden entsteht. Der Handelsvertreter kann daher zwar nicht mit seiner Pflicht, den Wagen im Interesse des Unternehmers einzusetzen, zurückhalten, d.h., er kann das Fahrzeug nicht z.B. stilllegen, da dies der eo ipso in der Übergabe liegenden Anweisung widersprechen würde; wohl aber kann er in Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts das Kraftfahrzeug dem Unternehmer vorenthalten.

3. Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager

Während der Vertragsdauer hat der Handelsvertreter grundsätzlich kein Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager. Zeller¹⁾ und Herschel-Beine²⁾ meinen, daß in der Übergabe des Lagers keine besondere Anweisung liege, in einer bestimmten Weise damit zu verfahren, sondern lediglich die Befugnis, Ware aus dem Lager bei sich bietender Gelegenheit oder nach weiterer besonderer Anweisung zu ver-

1) Zeller, a.a.O. S.38

2) Herschel-Beine, a.a.O. S. 143

kaufen. Die Übergabe sei also lediglich die Grundlage für zukünftige Verkäufe durch den Handelsvertreter. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, weil sie einen wichtigen Gesichtspunkt unberücksichtigt läßt. Es ist zwar richtig, daß das Auslieferungslager in erster Linie dazu dienen soll, die Käuferwünsche der Kunden des Handelsvertreters zu befriedigen, aber m.E. will sich der Unternehmer bei der Übergabe des Lagers nicht vollkommen seiner Verfügungsgewalt begeben. Auch er disponiert noch mit den dem Handelsvertreter zur Verfügung gestellten Waren, solange er von diesem keine Verkaufsanzeige erhalten hat, und muß auf diese eventuell zurückgreifen, wenn sein Hauptlager vorübergehend der Nachfrage nicht gewachsen ist, während die gesuchten Waren im Auslieferungslager des Handelsvertreters noch vorhanden sind. In der Übergabe des Lagers wird daher neben dem Zweck einer organisatorischen Vereinfachung und der Übernahme der Verpflichtung, die Waren für eventuelle Kunden bereit zu halten, auch noch die stillschweigende Anweisung liegen, die übergebenen Waren bei Bedarf jederzeit dem Unternehmer wieder zur Verfügung zu stellen. Diese Anweisung würde der Handelsvertreter durchkreuzen und damit seine gleichzeitig mit dem Auslieferungslager übernommenen Vertragspflichten verletzen, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen wollte. Da sich also aus der stillschweigend übernommenen Verpflichtung, die Waren jederzeit für den Unternehmer bereitzuhalten, "etwas anderes" i.S. des § 273 BGB ergibt, ist ein Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager für den Handelsvertreter während der Vertragsdauer prinzipiell ausgeschlossen ¹⁾.

An diesem Grundsatz ist auch festzuhalten, wenn der Handelsvertreter Waren, die er bereits aus dem Auslieferungs-

1) Derselben Ansicht: Schmidt-Rimpler, a.a.O. S.166; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 3 zu § 88 a HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Vorbemerkung 10 vor § 84 HGB und Anm. 17 a zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm. 20 zu § 88 HGB und Anm. 49 zu § 369 HGB

lager verkauft hat, vom Kunden nicht abgenommen bekommt, oder sie aus einem in der Person des Kunden liegenden Grunde, z.B. wenn dieser den Kauf wegen Irrtums anfechtet, wieder zurücknehmen muß. Da diese Waren ihm wieder zur Verfügung stehen, und er sie beliebig weiter veräußern kann, muß er sie auch wieder für den Unternehmer bereit halten.

Ausnahmeweise könnte dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager oder an einem Teil desselben jedoch zustehen, wenn die Ware sowohl für den Handelsvertreter, als auch für den Unternehmer unabsetzbar geworden ist. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Teil der sich am Lager des Handelsvertreters befindlichen Waren beschädigt oder sonst unbrauchbar geworden ist, oder wenn z.B. der Verkauf eines Präparats, das ein Vertreter pharmazeutischer Artikel auf Lager hat, aus irgendwelchen Gründen verboten wird. In diesem Falle steht dem Unternehmer nur sein normaler Rückforderungsanspruch zu, da die stillschweigend übernommene Verpflichtung des Handelsvertreters, die Waren auch jederzeit zur Verfügung des Unternehmers zu halten, sich nur auf den Fall bezieht, daß der Unternehmer diese zum anderweitigen Verkauf benötigt. Ebenso ist demgemäß auch der Fall zu beurteilen, daß der Handelsvertreter die Ware bereits an den Kunden verkauft und übergeben hat, und der Kunde diese aus einem in der Ware selbst liegenden Grunde, z.B. wegen Mängeln, zurückgibt, da auch hier die Ware zu einem anderweitigen Verkauf sowohl für den Handelsvertreter, als auch für den Unternehmer ungeeignet ist. Einem Zurückbehaltungsrecht steht also unter diesen besonderen Bedingungen nichts im Wege.

4. Zurückbehaltungsrecht an übergebenen Waren

Eindeutig hat der Handelsvertreter kein Zurückbehaltungsrecht an Waren, die ihm mit dem Auftrag übergeben wurden, sie an bestimmte Kunden auszuhändigen. Hier steht die

klare und ausdrückliche Anweisung des Unternehmers entgegen. Im Gegensatz zu Waren, die der Handelsvertreter aus seinem Auslieferungslager entnimmt, hat er jedoch ein Zurückbehaltungsrecht an ihm zur Weiterleitung an Kunden übergebene Waren, wenn der Kunde diese nicht abnimmt. Hier ist - wie im schon oben erörterten Falle der für einen speziellen Kunden bestimmten Muster - eine Befolgung der Anweisung des Unternehmers nicht möglich, so daß diese Waren dem Handelsvertreter nunmehr als Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts zur Verfügung stehen. Dasselbe muß logischerweise auch dann gelten, wenn der Kunde die Waren an den Handelsvertreter zurückgibt. Der Handelsvertreter hat mit der Aushändigung an den Kunden seiner Verpflichtung Genüge getan, so daß für eine Verwendung der nunmehr wieder in seinen Besitz gelangten Waren keine besonderen Anweisungen mehr bestehen, die die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verhindern könnten. Eine Unterscheidung zwischen Waren, die aus einem in ihnen selbst liegenden, und solchen, die aus einem in der Person des Kunden liegenden Grund zurückgegeben wurden - wie dies bei Waren aus dem Auslieferungslager des Handelsvertreters nötig war - erübrigt sich daher.

Schließlich steht dem Handelsvertreter auch dann ein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn der Unternehmer die dem Handelsvertreter zur Weiterleitung an den Kunden übergebenen Waren vor Ausführung dieser Anweisung zurückverlangt. Dadurch entbindet er den Handelsvertreter von der bei der Übergabe gegebenen Anweisung, so daß nunmehr keine Verpflichtung für den Handelsvertreter besteht, in einer bestimmten Weise mit den Waren zu verfahren. Die neuerliche Anweisung, die Waren zurückzugeben, kann ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nicht hindern, da sie erst nachträglich erteilt wurde.

5. Zurückbehaltungsrecht an Handlungen und Unterlassungen

Wie schon eingangs erörtert, können Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts Leistungen jeglicher Art, also nicht nur Sachen, sondern auch Handlungen und Unterlassungen sein.

Oben, bei der Zurückbehaltung von Mustern, wurde schon festgestellt, daß ein Zurückbehaltungsrecht an der Verpflichtung, diese beim Kunden in Vorlage zu bringen, nicht besteht. Des weiteren wurde bereits erörtert¹⁾, daß eine Zurückbehaltung der Pflicht zur Rechnungslegung, der Pflicht zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Kunden, der Geheimhaltungspflicht und der Berichtspflicht im allgemeinen nicht möglich ist. Der Handelsvertreter kann aber auch nicht mit seiner Pflicht zum Tätigwerden überhaupt zurückhalten. Er hat nicht nur eine allgemeine Verpflichtung, die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen, sondern § 86 BGB bestimmt ausdrücklich, daß er sich um die Vermittlung und den Abschluß von Geschäften zu bemühen hat. Diese Verpflichtung hat der Handelsvertreter stillschweigend bei Vertragsabschluß übernommen, so daß sich also aus dem Schuldverhältnis "etwas anderes" ergibt.

Es sind aber auch Ausnahmen denkbar. Trotz einer gegen teiligen Verpflichtung wird man dem Handelsvertreter nämlich dann ein Zurückbehaltungsrecht an seinen Handlungen zubilligen müssen, wenn der Unternehmer selbst gegen eine unmittelbar mit der Handlung des Handelsvertreters zusammenhängende Verpflichtung verstößt. So könnte der Handelsvertreter z.B. mit seiner Verpflichtung, sich um den Abschluß von Geschäften für den Unternehmer zu bemühen, dann zurückhalten, wenn ihm der Unternehmer nicht die dazu er-

1) siehe Kap. Grenzen des Zurückbehaltungsrechts

forderlichen Unterlagen zur Verfügung stellt. Hier wäre es unbillig und würde gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, wenn man dem Handelsvertreter zumuten wollte, mit veralteten Preislisten oder Mustern tätig zu werden.

Auch an Unterlassungen kann ausnahmsweise ein Zurückbehaltungsrecht bestehen. So kann der Handelsvertreter z.B. dann trotz seiner Verpflichtung, nur für den einen Unternehmer tätig zu werden, auch für weitere Unternehmer Abschlüsse tätigen, wenn der Unternehmer selbst gegen seine korrespondierende Unterlassungspflicht verstößt, indem er z.B. in einem Gebiet, für das er dem Handelsvertreter die Alleinvertretung übertragen hat, noch weitere Vertreter einsetzt.

6. Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.II BGB

Ohne Rücksicht auf entgegenstehende Anweisungen und übernommene Verpflichtungen hat der Handelsvertreter stets ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.II BGB an Sachen, auf die er Verwendungen gemacht hat. Allerdings erstreckt sich dieses unbedingte Zurückbehaltungsrecht nur auf die Gegenstände selbst, die die Aufwendungen des Handelsvertreters bedingt haben. Der Handelsvertreter kann daher nicht die für einen Kunden bestimmten Waren zurückhalten, weil er auf für einen anderen Kunden bestimmte Waren Verwendungen gemacht hat.

Dasselbe gilt, wenn der Handelsvertreter einen Ersatzanspruch wegen eines ihm durch den zurückbehaltenen Gegenstand erwachsenen Schadens hat. Diese Fälle werden zwar selten sein, können aber vorkommen; z.B. ein Gerät, das unter anderem auch eine Säurekammer enthält, befindet sich bei Lieferung an den Handelsvertreter nicht in einwandfreiem Zustand, so

daß durch die auslaufende Säure Schäden an anderen Gegenständen des Handelsvertreters entstehen. Hier ist dieser also auch dann berechtigt, das Gerät zur Sicherung seiner Forderung zurückzuhalten, wenn es ihm mit der ausdrücklichen Anweisung übergeben wurde, es an einen bestimmten Kunden auszuliefern.

7. Zusammenfassung

Mit Ausnahme dieser beiden zuletzt genannten Fälle des § 273 Abs.II BGB, in welchen dem Handelsvertreter aus Billigkeitserwägungen stets ein Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen ist, muß also bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts immer geprüft werden, ob sich einerseits aus den dem Handelsvertreter bei Übergabe erteilten Anweisungen oder von ihm übernommenen Verpflichtungen, und andererseits aus den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben nicht etwas anderes ergibt. Es sind die Interessen des Handelsvertreters an der Zurückbehaltung und die des Unternehmers an der Freigabe gegeneinander abzuwägen; ein Zurückbehaltungsrecht ist erst dann zu versagen, wenn seine Geltendmachung einem bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen als überwiegend anzuerkennendem Interesse des Unternehmers zuwiderlaufen würde.

F. Zurückbehaltungsrecht bei beiderseitigen Geldforderungen

Abschließend soll noch der Fall behandelt werden, daß der Anspruch des Unternehmers in einer Geldforderung, z.B. auf Schadensersatz oder auf Grund der Delkrederehaftung des Handelsvertreters besteht, und der dem Handelsvertreter zustehende Anspruch ebenfalls auf Zahlung einer bestimmten Summe Geldes geht. Hier wird man dem Handelsvertreter im allgemeinen ein Zurückbehaltungsrecht versagen, und ihn auf den Weg der Aufrechnung verweisen müssen. Zwar kann der Ansicht Dernburgs¹⁾, wonach bei sich gegenüberstehenden Geldforderungen ausnahmslos nur Aufrechnung gegeben ist, nicht gefolgt werden, denn Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht sind nach Art, Richtung, Voraussetzung und Wirkung durchaus verschiedene Rechtsbehelfe. Die Aufrechnung setzt Gleichartigkeit der Ansprüche voraus, nicht aber Konnexität; das Zurückbehaltungsrecht Konnexität, nicht aber Gleichartigkeit. Das Zurückbehaltungsrecht läßt die beiderseitigen Forderungen bestehen, während sie bei Geltendmachung der Aufrechnung als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, als sie sich zur Aufrechnung geeignet gegenüber getreten sind. Das Zurückbehaltungsrecht ist im Gegensatz zur Aufrechnung nichts Definitives, sondern etwas Provisorisches, und schließlich stellt die Aufrechnung nicht wie das Zurückbehaltungsrecht eine Einrede, sondern ein Rechtsgeschäft dar²⁾. Es ist aber zu berücksichtigen, daß für eine Rechtsausübung des Handelsvertreters kein Raum ist, wenn sie lediglich den Zweck hat, dem Unterneh-

1) Dernburg, a.a.O. Band II, 1 S.127: "Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten".

2) Soergel, a.a.O. Anm. I,7 zu § 273 BGB; Renesse, a.a.O. S.50; Schwertner, a.a.O. S.29; Oesterheld, a.a.O. S.63

mer zu schaden¹⁾. Gerade beim Handelsvertreter-Verhältnis ist aber kein vernünftiger Grund zu sehen, warum der Handelsvertreter bei sich gegenüber stehenden Geldforderungen nicht den einfacheren Weg der Aufrechnung beschreiten soll. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird daher regelmäßig als Aufrechnungserklärung anzusehen sein²⁾. Eine Ausnahme ist allerdings für den Fall zu machen, daß der Anspruch des Unternehmers nicht der Aufrechnung unterliegt³⁾. Hier kann der Handelsvertreter auch bei gegenüberstehenden Geldforderungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, da dieses durch die Unzulässigkeit der Aufrechnung nicht ausgeschlossen wird⁴⁾.

1) § 226 BGB

2) RGR-Komm. Anm. I zu § 273 BGB; Ermann, a.a.O. Anm. 11 zu § 273 BGB; Warneyer, a.a.O. Anm. III zu § 273 BGB; Rosenthal, Heinrich: Kommentar zum BGB, 14. Aufl., Köln, Berlin 1953, zu § 273 BGB; Soergel, a.a.O. Anm. I, 7 zu § 273 BGB; RGZ Bd. 83, S. 140; Bd. 85, S. 109; Bd. 123, S. 8

3) §§ 392 bis 394 BGB

4) Soergel, a.a.O. Anm. I, 7 a zu § 273 BGB mit Anführung von RG-Entscheidungen.

Diese Frage ist bei § 394 BGB bezüglich der Zurückbehaltung unpfändbaren Lohnes oder Gehaltes sehr umstritten, spielt aber für das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters keine Rolle.

F. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts

1. Materielle Wirkungen unter den Parteien

Durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wird kein neues Schuldverhältnis begründet; sie hat vielmehr nur eine besondere Lösung des alten Schuldverhältnisses zur Folge. Der Handelsvertreter wandelt seine einseitige Verpflichtung gewissermaßen zu einer Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrag um, wobei der zur Zurückbehaltung berechtigende Gegenanspruch dem äquivalenten Gegenanspruch aus einem gegenseitigen Vertrag entspricht¹⁾. Dadurch wird der Anspruch, dem gegenüber zurückbehalten wird, nicht inhaltlich eingeschränkt, sondern der Handelsvertreter ist nur noch zur Leistung Zug um Zug verpflichtet. Er darf also die von ihm geschuldete Leistung solange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist. Andererseits ist er aber nicht berechtigt zu warten, bis die Leistung des Unternehmers bewirkt ist, da dieser ja sonst vorleisten würde. In der Praxis wird ein völlig gleichzeitiger Leistungsaustausch häufig nicht möglich sein, besonders, wenn auf einer oder beiden Seiten Handlungen geschuldet werden. Eine generelle Regel läßt sich nicht aufstellen²⁾; für die Art und Weise, wie Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind, sind die Grundsätze über Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte maßgebend.

Das Zurückbehaltungsrecht beseitigt auch nicht die Fälligkeit des Anspruchs des Unternehmers; da der Handelsvertre-

1) Schlegelberger, a.a.O. S.163

2) Planck, a.a.O. Anm. 1 zu § 274 BGB schlägt in den älteren Auflagen die Zuziehung eines unbeteiligten Dritten vor, der für die tunlichste Gleichzeitigkeit beider Leistungen zu sorgen habe.

ter aber dem gegen ihn gerichteten Anspruch eine aufschiebende Einrede, die ihm ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, entgegenstellen kann, gerät er solange nicht in Schuldnerverzug, als der Unternehmer nicht zur Erfüllung seiner Leistung bereit und imstande ist. Voraussetzung hierzu ist nach ständiger Rechtsprechung¹⁾ allerdings, daß er seinen Willen, von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen, dem Unternehmer bekannt gibt, um diesem die Möglichkeit des § 273 Abs.III BGB zu geben, ihn also in die Lage zu versetzen, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Handelsvertreter durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Hat der Handelsvertreter dies getan, so kann sich seine aus dem Handelsvertreter-Verhältnis ergebende Haftung auch nicht nach den Vorschriften über den Leistungsverzug steigern. Andererseits wird aber auch der Unternehmer durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch den Handelsvertreter nicht in Verzug gesetzt. Oertmann²⁾ meint, dies sei deshalb möglich, weil in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts bereits ohne weiteres eine Mahnung zu finden sei. Doch selbst wenn man die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts als Mahnung i.S. des § 284 BGB auffassen wollte, könnte sie einen Leistungsverzug des Unternehmers deshalb nicht begründen, weil auch diesem die aufschiebende Einrede des Zurückbehaltungsrechts zustehen würde, wenn der Handelsvertreter seine Gegenforderung zuerst als Hauptforderung geltend gemacht hätte³⁾. Leistungs- und Annahmeverzug auf seiten des Handelsvertreters kann nur dann eintreten, wenn ihm der Unternehmer die Leistung anbietet, und er diese zwar anzunehmen bereit ist, die Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung je-

1) Anführung von Entscheidungen bei Soergel, a.a.O. Anm.I, 3 zu § 273 BGB; Staub, a.a.O. Anm.II, 2 b zu § 273 BGB; RGZ Bd. 77, S. 438; RGR-Komm. Anm. 3 zu § 273 BGB

2) Oertmann, a.a.O. Anm. 5 b zu § 273 BGB

3) So auch Schlegelberger, a.a.O. S.166

doch verweigert. Dann entfällt auch seine Haftung gem. § 287 BGB. Andererseits kann auch der Unternehmer in Annahmeverzug geraten, wenn er die angebotene Leistung annehmen will, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet¹⁾.

Gem. § 202 Abs. II BGB hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch den Handelsvertreter nicht eine Hemmung der Verjährung des Anspruchs des Unternehmers zur Folge, da dieser ja in der klageweisen Geltendmachung seines Anspruchs nicht gehindert ist und auch die Möglichkeit hat, durch Befriedigung des Anspruchs des Handelsvertreters oder durch Sicherheitsleistung seine Forderung zu realisieren.

Aus § 390 BGB ergibt sich, daß der Unternehmer mit einem Anspruch, der mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts behaftet ist, nicht aufrechnen kann. Billigerweise wird man jedoch eine Aufrechnung des Unternehmers mit der Forderung des Handelsvertreters zulassen müssen, zu deren Sicherung das Zurückbehaltungsrecht dient; denn dann wird dieser Einrede mit der Aufrechnung gleichzeitig der Boden entzogen²⁾.

2. Materielle Wirkungen Dritten gegenüber

Wie bereits oben erörtert wurde, muß zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechts unbedingt das Erfordernis der Wechselseitigkeit erfüllt sein, d.h. sowohl Handelsvertreter als auch Unternehmer müssen gleichzeitig Schuldner und Gläubiger sein. Es erhebt sich daher die Frage, welchen Einfluß ein Wechsel in der Person des Gläubigers oder Schuldners auf das Zurückbehaltungsrecht hat.

1) § 298 BGB,
ebenso Schlegelberger, a.a.O. S.166; Schwertner,
a.a.O. S.49

2) RGZ Bd. 119, S.4 f; Dantschow, a.a.O. S.33

Das Zurückbehaltungsrecht begründet kein dingliches Recht, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Besitz der Sache. Der zurückhaltende Handelsvertreter hat daher grundsätzlich die Rechte eines schuldrechtlich zum Besitz Berechtigten. Er hat einem Dritten gegenüber also insoweit ein Zurückbehaltungsrecht, als die Einwendungen gegen einen Anspruch des Unternehmers auf Herausgabe auch dem Dritten gegenüber geltend gemacht werden können. Da ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nur in Betracht kommen kann, wenn sich nicht der Unternehmer im Besitz der Sache befindet, kann dieser das Eigentum - mit Ausnahme des noch später zu erwähnenden Falles, daß der Handelsvertreter nur den mittelbaren Besitz innehat und der Unternehmer das Eigentum an den unmittelbaren Besitzer überträgt - nur gem. § 931 BGB durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußern. Gem. § 986 Abs. II BGB kann der Handelsvertreter aber dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Daraus ergibt sich, daß der Handelsvertreter auch dem Zessionar des Unternehmers gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann.

Dieser Fall kann für den Handelsvertreter praktische Bedeutung erlangen, wenn der Unternehmer Sachen, die sich im Besitz des Handelsvertreters befinden, nach § 931 BGB an Kunden veräußert. Ist zu diesem Zeitpunkt der Handelsvertreter bereits Inhaber eines gültigen Zurückbehaltungsrechts gegen den Unternehmer, so kann er auch dem Dritten gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern¹⁾ und zwar auch dann, wenn dieser vom Vorhandensein des Zurückbehaltungsrechts nichts wußte, also den Herausgabeanspruch gutgläubig erwarb. Unter Umständen kann der Handelsvertreter

1) § 404 BGB,
allgemeine Meinung z.B. Düringer-Hachenburg, a.a.O.
Anm. 12 zu § 369 HGB; Ritter, Carl: Kommentar zum
HGB; München, Berlin 1932, Anm. 11 b zu § 369 HGB;
Schlegelberger, a.a.O. Anm. 37 zu § 369 HGB;
Staudinger, a.a.O. Anm. II, 2 b zu § 273 BGB;
Schlegelberger, a.a.O. S. 107 ff.

dem Dritten gegenüber sogar ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, obwohl dieses bei Abtretung des Herausgabeanpruchs an den Dritten durch den Unternehmer noch gar nicht vorhanden war; dann nämlich, wenn der Handelsvertreter eine aufrechnungsfähige Forderung gegen den Unternehmer erwirbt, nachdem der Unternehmer das Eigentum schon an den Dritten übertragen hat, ohne daß dies dem Handelsvertreter bekannt geworden ist. Aus einer entsprechenden Anwendung des § 407 BGB ergibt sich, daß der Handelsvertreter dem Dritten gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht wegen aller Forderungen gegen den Unternehmer geltend machen kann, die ihm im Zeitpunkt der Kenntniserlangung zustehen ¹⁾.

Nicht erforderlich ist, daß das Zurückbehaltungsrecht im Zeitpunkt der Übertragung des Eigentums oder im Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Handelsvertreters von der Eigentumsübertragung bereits geltend gemacht werden konnte, daß also insbesondere die dem Handelsvertreter zustehende Forderung auch fällig war. Es genügt vielmehr gem. § 404 BGB, daß das Zurückbehaltungsrecht dem Unternehmer gegenüber begründet war; jedoch kann es dem Dritten erst nach Fälligkeit entgegengehalten werden. Das heißt also, wenn z.B. der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht an einem ihm überlassenen Kraftfahrzeug des Unternehmers wegen einer zwar bereits entstandenen, aber noch nicht fälligen Provisionsforderung geltend machen will, der Unternehmer aber das Eigentum an dem Fahrzeug gem. § 931 BGB an einen Dritten übertragen hat, dann kommt es darauf an, wann der Dritte das Kraftfahrzeug vom Handelsvertreter herausverlangt. Macht er seinen Eigentumsanspruch geltend, bevor die Provisionsforderung des Handelsvertreters fällig geworden ist, so steht dem Handelsvertreter keine Einrede zu und er muß das Kraftfahrzeug herausgeben. Dasselbe wäre ja auch der

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 13 a zu § 369 HGB;
Wolff, Martin: In Ehrenbergs Handbuch des gesamten
Handelsrechts Bd. IV, 1, Leipzig 1928, S. 102;
Staub, a.a.O. Anm. 33 zu § 369 HGB;
Schlegelberger, a.a.O. Anm. 38 zu § 369 HGB

Fall, wenn der Unternehmer nicht den Herausgabeanspruch übertragen hätte, sondern das Kraftfahrzeug selbst herausverlangt und das Eigentum dann durch tatsächliche Übergabe an den Dritten übertragen hätte. Es wäre daher unbillig, dem Handelsvertreter bereits vor Fälligkeit ein Zurückbehaltungsrecht zuzugestehen, wie Wolff¹⁾ und Gadow²⁾ dies tun, weil die rechtliche Grundlage bereits zur Zeit der Rechtsnachfolge vorhanden war. In diesem Fall könnte der Unternehmer bereits vor Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters nicht mehr über sein im Besitz des Handelsvertreters befindliches Eigentum verfügen. Der Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts würde von der Fälligkeit auf das Entstehen der Forderung vorverlegt; dies widerspricht jedoch sowohl dem Sinn, als auch dem Wortlaut des § 273 BGB. Der Handelsvertreter kann daher vor Fälligkeit auch dem Dritten das Zurückbehaltungsrecht nicht entgegensetzen.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Dritte seinen Herausgabeanspruch, den er bereits vor Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters erworben hat, erst nach deren Fälligkeit geltend macht. Hier kann ihm der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen, da dieses unabhängig von der Übertragung des Eigentums durch Eintreten der Fälligkeit entstanden ist. Dies ergibt sich aus § 404 BGB, dessen Zweck es ist, daß die Stellung des Schuldners - hier also des Handelsvertreters - durch die Abtretung nicht verschlechtert werden soll. Würde man dem Handelsvertreter bei vor Fälligkeit seiner Forderung abgetretenen Herausgabeansprüchen gegen ihn überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht zubilligen³⁾,

1) Wolff, a.a.O. S.101

2) Gadow, Wilhelm: In Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB, Band III 1940, Anm. 33 zu § 369 HGB; ebenso Schlegelberger, a.a.O. Anm. 38 zu § 369 HGB und Ritter, a.a.O. Anm. 11 a zu § 369 HGB

3) So Kunigam, a.a.O. S.42/43 und Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 13 zu § 369 HGB

so wäre er damit schlechter gestellt, als wenn der Anspruch nicht abgetreten worden wäre; denn gegen den Unternehmer würde ihm ja mit Eintritt der Fälligkeit ein Zurückbehaltungsrecht zustehen. Dasselbe muß daher auch für die übertragene Forderung gelten.

Zusammenfassend komme ich zu folgender Lösung:

Vor Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters gegen den Unternehmer kann der Dritte die Herausgabe verlangen, gleichgültig, ob er den Herausgabeanspruch vor oder nach Entstehen der Forderung des Handelsvertreters erworben hat. Nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters kann dieser auch dem Dritten ein Zurückbehaltungsrecht entgegen halten, auch wenn der Dritte seinen Herausgabeanspruch bereits vor Fälligkeit, aber nach Entstehen der Forderung des Handelsvertreters erworben hat.

Überträgt der Unternehmer nicht seinen Herausgabeanspruch gegen den Handelsvertreter an den Dritten, sondern verschafft er diesem das Eigentum durch Übergabe eines Dispositionspapiers über die im Besitz des Handelsvertreters befindliche Ware, so ist ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters dem Dritten gegenüber nicht gegeben. Da der Erwerb durch den Dritten durch fingierte Übertragung des Besitzes erfolgt¹⁾, gehen bereits bestehende Zurückbehaltungsrechte des Handelsvertreters unter²⁾. Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer ein Dispositionspapier verpfändet.

Ebenso wie dem Zessionar kann der Handelsvertreter auch einem vertraglichen Pfandgläubiger gegenüber sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen³⁾, wenn es vor dem Pfandrecht entstanden ist. Gesetzliche Pfandrechte gehen dagegen ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung dem Zurückbehaltungsrecht vor.

1) § 424, 450 HGB

2) Wolff, a.a.O. S.104; Staub, a.a.O. Anm.36 zu § 369 HGB; Kunigam, a.a.O. S.45; Schlegelberger, a.a.O. Anm.39 zu § 369 HGB

3) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.15 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm.34 zu § 369 HGB; Wolff, a.a.O. S.103

Hat der Dritte den Herausgabeanspruch des Unternehmers gegen den Handelsvertreter gepfändet und sich überweisen lassen, so kann der Handelsvertreter sein Zurückbehaltungsrecht als Einrede gegen den überwiesenen Anspruch auch dem pfändenden Dritten entgegensetzen.¹⁾

3. Prozessuale Wirkungen

Das Zurückbehaltungsrecht ist im Rechtsstreit nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern es muß vielmehr als Einrede vorgebracht und der Gegenanspruch genau substantiiert werden. Der zurückbehaltende Handelsvertreter hat also für die positiven Rechtstatsachen Darlegungs- und Beweislast. Es genügt allerdings auch ein Klageabweisungsantrag²⁾, wenn er sich auf die Nichtleistung des klagenden Unternehmers gründet, da man darin eine stillschweigende Erhebung der Einrede erblicken kann. Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts im Prozeß verlangt der beklagte Handelsvertreter keine der Rechtskraft fähige Entscheidung³⁾. Er macht nicht einen Anspruch i.S. der ZPO geltend, sondern er bedient sich eines auf seine Gegenforderung gegründeten Verteidigungsmittels⁴⁾. Wie jedes Verteidigungsmittel kann das Zurückbehaltungsrecht gem. § 278 ZPO bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden. Gegen eine dadurch mögliche Verschleppung des Prozesses gewährt § 279 ZPO ein Schutzmittel. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann nämlich, wie jedes andere Verteidigungsmittel, auf Antrag des Unternehmers vom Gericht zurückgewiesen werden, wenn sie aus grober Nachlässigkeit oder in der Absicht,

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.15 zu § 369 HGB

2) Palandt, a.a.O. Anm. II zu § 274 BGB

3) RGZ Band 15, S. 421; Renesse, a.a.O., S.91

4) RGZ Band 8, S.369 führt hierzu aus: "Der Zweck der Retentionseinrede besteht nur darin, die eingeklagte Forderung mittels einer aus dem Vorhandensein einer Gegenforderung zu begründenden Exceptio doli zu bestreiten. Demnach kann die Retentionseinrede nur als ein Verteidigungsmittel des Beklagten angesehen werden...".

den Prozeß zu verschleppen, nachträglich, d.h., später als es möglich war, vorgebracht wird und durch ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Die Folge der Zurückweisung ist der Verlust der Einrede des Zurückbehaltungsrechts für die erste Instanz. Hat der Handelsvertreter diese Einrede in der ersten Instanz nicht geltend gemacht, oder ist sie nach der Vorschrift des § 279 ZPO zurückgewiesen worden, so kann er sie gem. § 529 Abs. I ZPO auch ohne Einwilligung des Unternehmers in der Berufungsinstanz nachholen¹⁾. Gem. Abs. II kann sie jedoch auch in der Berufungsinstanz unter denselben Voraussetzungen wie in der ersten Instanz zurückgewiesen werden. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts erst in der Revisionsinstanz ist ausgeschlossen. Das folgt aus dem Wesen der Revision, die sich auf die Nachprüfung des angefochtenen Urteils im Rechtspunkte beschränkt. Sie kann nur im Zwangsvollstreckungsverfahren unter den Voraussetzungen des § 767 Abs. II ZPO im Wege der Zwangsvollstreckungsklage erfolgen.

Möglich ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur gegenüber der Leistungsklage, nicht auch gegenüber der Feststellungsklage, da es sich nicht gegen die Existenz des Anspruchs, sondern nur gegen die Art seiner Erfüllung wendet. Die Geltendmachung verzögerlicher Einreden gegenüber der Leistungsklage führt regelmäßig zur Abweisung der Klage. In Abweichung davon hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, das ja auch eine verzögerliche Einrede begründet, diese Folge nicht, sondern es erfolgt dessenungeachtet eine Verurteilung des Handelsvertreters, allerdings nur zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Gegenleistung. Das Urteil gibt daher auch nur dem klagenden Unternehmer eine Vollstreckungsmöglichkeit, nicht dagegen dem zurückhaltenden Handelsvertreter.

1) RGZ Band 15, S. 421; Band 73, S. 54; Band 109, S. 105

Der Unternehmer erhält ger. § 726 Abs.II ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils ohne Beweis, daß der Handelsvertreter befriedigt oder in Annahmeverzug ist. Die Vollstreckung selbst setzt jedoch entweder Befriedigung, oder Zug-um-Zug Angebot des Unternehmers bei Beginn der Zwangsvollstreckung, oder Annahmeverzug des Handelsvertreters voraus. Im letzteren Falle erlischt das Recht des Handelsvertreters auf Zug-um-Zug Leistung, und zwar sowohl dann, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt, als auch, wenn er die Leistung des Unternehmers zwar annehmen, aber seinerseits nicht leisten will ¹⁾. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß die dem Handelsvertreter obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht, da hier gem. § 894 Abs.I ZPO mit der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung die Erklärung bereits als abgegeben gilt. In diesem Fall ist daher der Beweis, daß der Handelsvertreter befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, zu erbringen, da dieser ja sonst vorleisten würde und damit die Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts sinnlos wäre.

4. Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Unternehmers

Fällt der Unternehmer in Konkurs, so erlischt das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters prinzipiell, wenn die zurückbehaltene Leistung nach § 1 KO zur Konkursmasse gehört. Dies ergibt sich aus dem in § 3 Abs.I KO niedergelegten Grundsatz, daß sich jeder Konkursgläubiger bei seiner Befriedigung auf seine Konkursdividende beschränken muß. Kein Gläubiger darf eine dem Gemeinschuldner gegenüber obliegende Leistung verweigern, um sich eine größere, als die gemeinschaftliche Befriedigung zu sichern ²⁾. Die Motive ³⁾ begründen den Verlust des Zurückbehaltungsrechts da-

1) RGZ Band 84, S.230

2) Vgl. Schlegelberger, a.a.O. S.184; Jaeger, Ernst: Kommentar zu KO; 6. und Aufl., Berlin und Leipzig 1931, Anm.42 zu § 49 KO

3) Begründung zum Entwurf einer KO, S.213 (zitiert bei Jaeger)

mit, daß "die Billigkeit, auf welche der Inhaber sich für das Retentionsrecht gegen den Schuldner würde berufen können, in noch höherem Maße die Konkursgläubiger werden anrufen können, daß der Inhaber die ihnen allen gemeinschaftlich haftende Sache zur Konkursmasse abliefere". Auch das Reichsgericht¹⁾ hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, indem es ausdrücklich sagt: "Es erscheint die Annahme ausgeschlossen, daß ein Gläubiger, dem vom Gemeinschuldner nur ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt ist, auf Grund dieses Rechts befugt sein soll, bis zu seiner Befriedigung dem Verwalter den in seinen Händen befindlichen Bestandteil der Konkursmasse vorzuenthalten und dadurch die Verwertung der Konkursmasse unmöglich zu machen". Wie das Reichsgericht weiter ausführt, kann es unmöglich der Sinn des Gesetzes sein, daß ein Zurückbehaltungsrecht wirksamer schützen soll, als ein vom Gesetz anerkanntes Absonderungsrecht; denn auch Absonderungsberechtigte können einer Verwertung der zu ihrer abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstände durch den Konkursverwalter nach § 127 KO nicht widersprechen, sondern nur ihre Rechte auf den Erlös geltend machen.

Der einzige Fall, in welchem ein Zurückbehaltungsrecht dem Handelsvertreter eine Absonderungsberechtigung geben kann, ist nach § 49 Abs.I Ziff.3 KO, wenn er nützliche Verwendungen auf die zurückbehaltene Sache gemacht hat. Hier hat er wegen der den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Forderung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache, wobei er diese allerdings auch hier nicht zurückbehalten kann. In allen Fällen steht er hinsichtlich seiner konnexen Gegenforderung am besten, wenn der Unternehmer zur Abwendung der Zurückbehaltung Sicherheit geleistet hat, da er nach § 233 BGB in Verbindung mit § 49 Abs.I Ziff.2 KO aus dieser Sicherheit ein Recht auf abgesonderte Befriedigung hat²⁾.

1) RG Band 16, S.135

2) Vgl. Jaeger, a.a.O., Anm. 47 zu § 49 KO

Hält der Handelsvertreter eine dem Unternehmer nicht gehörige Sache oder eine sonstige Leistung zurück, so bleibt das Zurückbehaltungsrecht trotz Konkursöffnung in Kraft. Da dem Unternehmer dann nur ein obligatorischer Anspruch auf die zurückbehaltene Sache zusteht, bildet nicht die Sache selbst, sondern nur die Forderung darauf, einen Bestandteil der Konkursmasse. Die Forderung aber verändert sich nicht; sie bleibt genau so, wie sie bereits vor der Konkursöffnung war, also behaftet mit allen ihr entgegenstehenden Einreden und daher auch mit dem Zurückbehaltungsrecht ¹⁾.

Nach Eröffnung des Konkursverfahrens kann der Handelsvertreter gem. § 15 KO an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen kein Zurückbehaltungsrecht mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern erwerben.

1) So auch Schwertner, a.a.O. S.60

H. Abwendung des Zurückbehaltungsrechts durch
Sicherheitsleistung
=====

Da das Zurückbehaltungsrecht nicht zwingen, sondern sichern soll, kann der Unternehmer die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Handelsvertreter durch Stellung einer realen Sicherheitsleistung abwenden. Durch diese Möglichkeit werden die Interessen des Handelsvertreters - als Gläubiger der Gegenleistung - nicht beeinträchtigt, da dadurch sein Zurückbehaltungsrecht nicht etwa erlischt, sondern in seiner Wirkung nur gehemmt wird¹⁾. Dies kommt einmal durch die Verwendung des Wortes "abwenden" zum Ausdruck und ergibt sich im übrigen aus den §§ 232 ff BGB, die bestimmen, in welcher Weise die Sicherheitsleistung zu bewirken ist. Nach § 240 BGB lebt das zunächst abgewendete Zurückbehaltungsrecht wieder auf, sobald die vom Unternehmer gewährte anderweitige Realsicherung wegfällt²⁾ oder ohne Verschulden des Handelsvertreters unzureichend und vom Unternehmer nicht ergänzt oder durch andere ausreichende Sicherheit ersetzt wird. Die Hemmung der Wirkung des Zurückbehaltungsrechts wird zur Dauer, wenn die vom Unternehmer geleistete Sicherheit durch Verschulden des Handelsvertreters untergeht. In diesem Fall ist der Unternehmer nicht verpflichtet, anderweitige Sicherheit zu leisten, so daß das Zurückbehaltungsrecht praktisch erlischt³⁾.

1) Derselben Meinung: Wolff, a.a.O. S.124; Schollmeyer, a.a.O. Anm.4 zu § 273 BGB; Frey, a.a.O. S.22; Schlegelberger, a.a.O. S.179; Grüneberg, a.a.O. S.65; Dantschow, a.a.O. S.38; Renesse, a.a.O. S.118; Breuer, a.a.O. S.141; Peil, a.a.O. S. 73; auch Schwertner, a.a.O. S.74, von dem Peil fälschlicherweise behauptet, er sei anderer Ansicht.
Anderer Ansicht: Vogel, a.a.O. S.30; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.19 zu § 369 HGB; Leon, a.a.O. S.41; Staub, a.a.O. Anm.53 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm.47 zu § 369 ;GB;

2) Wolff, a.a.O. S.124

3) allgemeine Meinung z.B. RGR-Komm. Anm.1 zu § 240 BGB; Warneyer, a.a.O. § 240 BGB; Ermann, a.a.O. Anm.1 zu § 240 BGB

Daß das Zurückbehaltungsrecht durch die Stellung einer Sicherheitsleistung nicht erlischt, sondern nur gehemmt wird, erlangt praktische Bedeutung nur bei der Zurückbehaltung von Handlungen oder Unterlassungen, nicht aber bei der Zurückbehaltung von Sachen. Denn regelmäßig wird ja der Unternehmer nur deshalb Sicherheit leisten, um die vom Handelsvertreter zurückbehaltenen Sachen zu bekommen. Hat er an diesen Sachen aber Besitz ergriffen, so erlischt das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters auf jeden Fall und kann auch durch Untergang der Sicherheit nicht wieder aufleben, solange der Unternehmer den Besitz an der Sache hat, die der Handelsvertreter zurückhalten will. Wie Kunigam richtig bemerkt¹⁾, käme daher ein Wiederaufleben des Zurückbehaltungsrechts an Sachen nur dann in Frage, wenn der Handelsvertreter sich noch im Besitz dieser Sachen befände. Dies wird in der Praxis zwar selten vorkommen; trotzdem muß daran festgehalten werden, daß das Zurückbehaltungsrecht jedenfalls durch die Hingabe der Sicherheit allein nicht erlischt und daher bei Wegfall der Sicherheit insbesondere an Handlungen wieder geltend gemacht werden kann.

Die Höhe der Sicherheitsleistung ist nach oben hin begrenzt durch die dem Handelsvertreter zustehende Forderung, nach unten durch den Wert der zurückbehaltenen Sache. Der Unternehmer braucht daher prinzipiell nicht mehr zu geben, als dem Wert der zurückbehaltenen Sache entspricht²⁾. Hierbei kann jedoch nicht immer vom Verkehrswert ausgegangen werden. Hat nämlich der Gegenstand nur einen individuellen Wert für den Unternehmer, so wäre es eine Unbilligkeit gegenüber dem Handelsvertreter, wenn der Unternehmer die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung in Höhe des Verkehrswertes dieses Gegenstandes abwenden könnte, weil dadurch die Sicherheit des Handelsvertreters

1) Kunigam, a.a.O. S.55 widerspricht mit der Anerkennung dieser Möglichkeit seinen eigenen irrigen Standpunkt, daß das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung erlischt. Wiederaufleben kann nur ein gehemmtes, nicht ein bereits endgültig erloschenes Recht.

2) So auch Schlegelberger, a.a.O. S.179

für die richtige Erfüllung seines Anspruchs vermindert würde¹⁾. Hier muß also die Billigkeit entscheiden. Ist der Wert der zurückbehaltenen Sache sowohl objektiv, als auch subjektiv geringer als die Forderung, so braucht die anderweitige Sicherheit nur den Wert der zurückbehaltenen Sache zu haben²⁾, da der Handelsvertreter durch die Sicherheitsleistung ja sonst besser gestellt würde. Übersteigt die zurückbehaltene Leistung den Wert der Gegenforderung, so braucht die Sicherheit nur den Betrag der Forderung zu erreichen³⁾, Ein Übermaß an Sicherheit würde dem Handelsvertreter nichts nützen, dem Unternehmer jedoch schaden und soll daher vermieden werden.

Möglich ist die Leistung einer Sicherheit durch Verpfändung von Sachen oder durch Hinterlegung, wodurch der Handelsvertreter ebenfalls ein Pfandrecht gem. § 233 BGB erwirbt. Sicherheitsleistung durch Stellung eines tauglichen Bürgen ist gem. § 273 Abs. III BGB ausdrücklich ausgeschlossen, da kein Bürge dem Handelsvertreter dieselbe Sicherheit bieten kann, wie die, welche ihm durch die Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung gewährt wird⁴⁾. Es soll dem Handelsvertreter daher nicht zugemutet werden, sich anstelle des Zurückbehaltungsrechts mit einer Verpflichtungserklärung begnügen zu müssen, sonder er kann reale Sicherheit fordern. Andererseits ist er aber auch verpflichtet, jede vollwertige reale Sicherheits-

1) ebenso Breuer, a.a.O. S.143 und Renesse, a.a.O. S.119

2) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 47 zu § 369 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 19 zu § 369 HGB;
Staub, a.a.O. Anm. 55 zu § 369 HGB;
RGZ Band 137, S. 355;

anderer Ansicht: Staudinger, a.a.O. Anm. II, 2 b;
RGR-Komm. Anm. 3 zu § 273 BGB und Ermann, a.a.O. Anm. 18
zu § 273 BGB, die nur in Ausnahmefällen den (geringeren)
Wert der zurückbehaltenen Sache als Maßstab bezeichnen.

3) Staub, a.a.O. Anm. 55 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O.
Anm. 47 zu § 369 HGB

4) so auch Motive, a.a.O. Band II S.44

leistung anzunehmen und die zurückbehaltenen Sachen auf Verlangen herauszugeben; andernfalls macht er sich Schadensersatzpflichtig ¹⁾.

Bis zu welchem Zeitpunkt Sicherheit durch den Unternehmer geleistet werden kann, bestimmt das Gesetz nicht. Es ist jedoch allgemeine Meinung, daß dies bis zur Verkündung des zur Leistung Zug-um-Zug verurteilenden Erkenntnisses möglich ist.

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.19 zu § 369 HGB;
Kunigam, a.a.O. S. 55

I. Beendigung des Zurückbehaltungsrechts

Das Zurückbehaltungsrecht erlischt immer dann, wenn der Handelsvertreter aufhört, anspruchsberechtigt zu sein. Diese Folge tritt normalerweise ein mit Bewirkung der Leistung seitens des Unternehmers an den Handelsvertreter. Sie kann ausnahmsweise auch eintreten, wenn die dem Unternehmer obliegende Leistung subjektiv oder objektiv unmöglich wird, und der Unternehmer dies nicht zu vertreten hat.¹⁾ Aber nicht nur in diesem Falle erlischt das Zurückbehaltungsrecht, sondern überhaupt mit dem Wegfall einer seiner Voraussetzungen. Alle Tatsachen, die geeignet sind, den Anspruch des Handelsvertreters zu vernichten, sind gleichzeitig auch Erlöschungsgründe für das Zurückbehaltungsrecht. Hierher gehören außer der Erfüllung die Aufrechnung, Konfusion, also Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Person, Anerkenntnis, daß eine Forderung nicht mehr besteht, Erlaß und schließlich Verzicht. In den zuletzt aufgeführten Fällen muß gem. § 397 BGB zwischen Handelsvertreter und Unternehmer ein Erlaßvertrag geschlossen werden, da die einseitige Erklärung des Handelsvertreters der nichtdinglichen Natur des Zurückbehaltungsrechts nicht entsprechen würde²⁾. Hat daher der Handelsvertreter von sich aus auf ein bereits entstandenes Zurückbehaltungsrecht verzichtet, der Unternehmer den Verzicht aber noch nicht angenommen, so ist das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters theoretisch noch nicht erloschen³⁾. Es geht jedoch in dem Augenblick unter, in dem der Unternehmer über die zurückgehaltenen Sachen verfügt, so daß der Handelsvertreter praktisch sein Zurückbehaltungsrecht mit seiner Erklärung, nicht mehr zurückhalten zu wollen, aufgibt.

1) § 275 BGB

2) Düringer-Hachenburg, a.a.O. § 371 Anm. 9;
Staub, a.a.O. Anm. 67 zu § 369 HGB; Kunigam, a.a.O. S. 54

3) Ermann, a.a.O. Anm. 17 zu § 273 BGB

Möglich ist auch, daß der Anspruch an sich bestehen bleibt, aber eine dem Zurückbehaltungsrecht wesentliche Eigenschaft verliert, z.B. er wird gestundet. Hier fällt das Moment der Fälligkeit weg, so daß das Zurückbehaltungsrecht aufhört. Dagegen tritt kein Verlust des Zurückbehaltungsrechts durch Verjährung des Anspruchs ein, da dadurch die Fälligkeit nicht beseitigt wird ¹⁾. Das Zurückbehaltungsrecht selbst unterliegt der Verjährung nicht, da das BGB nur eine Anspruchsverjährung kennt ²⁾. Bei dem Zurückbehaltungsrecht handelt es sich jedoch - wie eingangs erörtert ³⁾ - nicht um einen Anspruch, sondern nur um eine Einrede.

Das Zurückbehaltungsrecht geht auch nicht dadurch unter, daß der Handelsvertreter hinsichtlich seiner Gegenforderung in Annahmeverzug gerät. Dadurch wird sein Recht zur Leistung, nur gegen Gegenleistung verpflichtet zu sein, nicht berührt. Auch im Falle des Annahmeverzugs des Handelsvertreters ist seine unbedingte Verurteilung ausgeschlossen; das Urteil darf auch hier nur auf Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Gegenleistung lauten ⁴⁾. Erst wenn der Handelsvertreter nach der Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug in Annahmeverzug gerät, oder wenn er bereits im Verzug der Annahme war und trotz erneuten Angebots nach Erlaß des Urteils in demselben beharrt, erlischt sein Anspruch auf Zug-um-Zug Leistung und der Unternehmer kann die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf die ihm obliegende Gegenleistung betreiben ⁵⁾. Annahmeverzug des Handelsvertreters vor der Verurteilung kann nur dann zum Erlöschen der Zurückbehaltungsrechts führen,

1) siehe Kap.: Fälligkeit der Forderungen

2) § 194 BGB

3) Kap.: Begriff und Wesen des Zurückbehaltungsrechts

4) so auch Luhmann, a.a.O. D. 55; Breuer, a.a.O. S.145

5) RGZ Band 84, S.230; Breuer, a.a.O. S.145;
Altrecht, a.a.O. S.32

wenn der Unternehmer den geschuldeten Gegenstand - der jedoch gem. § 372 BGB in Geld, Wertpapieren, Urkunden oder Kostbarkeiten bestehen muß - unter Verzicht auf Rücknahme hinterlegt. Gem. § 378 BGB wird er dadurch in gleicher Weise von seiner Verbindlichkeit befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Handelsvertreter geleistet hätte, so daß zu diesem Zeitpunkt auch das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters untergeht.

Daß das Zurückbehaltungsrecht bei Zession des Anspruchs des Handelsvertreters ohne gleichzeitig erfolgte Schuldübernahme durch den Dritten untergeht, ist selbstverständlich, da es ja dann am Zurückbehaltungsobjekt fehlt. Daß das Zurückbehaltungsrecht an dem Unternehmer gehörigen Sachen grundsätzlich in dessen Konkurs erlischt, wurde bereits angeführt¹⁾.

Schließlich erlischt das Zurückbehaltungsrecht immer durch den Untergang der zurückbehaltenen Sache, wobei es gleichgültig ist, ob diese durch Zufall, oder durch Verschulden des Handelsvertreters oder des Unternehmers unterging. Hat der Handelsvertreter den Untergang zu vertreten und ist dem Unternehmer somit schadensersatzpflichtig, so kann er nunmehr mit seiner Schadensersatzpflicht zurückhalten. Hat der Handelsvertreter den Untergang und damit die Unmöglichkeit der Herausgabe der geschuldeten Sache nicht zu vertreten, so ist er gem. § 275 BGB von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. Er schuldet die Leistung nicht mehr, so daß auch ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr in Betracht kommen kann.

1) Kap.: Zurückbehaltungsrecht im Konkurs, S. 82

IV. DAS KAUFMÄNNISCHE ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT

A. Begriff, Wesen und Zweck

Im HGB fehlt eine Definition des Begriffs des Zurückbehaltungsrechts. § 369 HGB spricht einfach von dem Zurückbehaltungsrecht und setzt hierbei den Begriff als bekannt voraus. Es ist das Recht eines Kaufmanns gegenüber einem anderen Kaufmann wegen bestimmter Forderungen bestimmte Sachen, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, zurückzubehalten und sich aus ihnen zu befriedigen. Auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das zwar ein pfandrechtartiges Recht, aber kein Pfandrecht darstellt, erzeugt kein dingliches Recht¹⁾. Dies ergibt sich einwandfrei aus der Existenz des Abs.II von § 369 HGB, der bei einem dinglichen Recht überflüssig wäre. Es ist aber m.E. nicht richtig, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht deshalb als obligatorisches Recht zu betrachten²⁾, da es keinerlei Verpflichtungen erzeugt³⁾. Der in § 371 Abs.IV HGB erwähnten Klage auf Gestattung der Befriedigung liegt kein privatrechtlicher Anspruch, d.h. "ein Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen"⁴⁾ zugrunde. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Berechtigten kein Recht auf fremdes Handeln, sondern ein Recht auf eigenes Handeln. Es wird daher ebenso wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht als Gestaltungsrecht zu bezeichnen sein. Die Klage auf Gestattung der

1) allgemeine Meinung. Z.B. Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.12 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm.34 zu § 369 HGB; Koenige, a.a.O. Anm.1 zu § 369 HGB; Wolff, a.a.O., S.100.

2) so Staub, a.a.O. Anm.1 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. S.192

3) Wolff, a.a.O. S.100

4) § 194 BGB

Befriedigung aus der in seinem Besitz befindlichen Sache ist eine Gestaltungsklage¹⁾.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist allerdings insofern wesentlich weitergehend als das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht, als es dem Handelsvertreter nicht nur eine aufschiebende Einrede, sondern ein pfandrechtsähnliches Befriedigungsrecht gibt. Der Zweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts liegt also einmal darin, dem Handelsvertreter eine Sicherheit für seine Forderung zu gewähren. Dies wird ebenso wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht dadurch erreicht, daß er die Sachen oder Wertpapiere zurückhalten darf; zum anderen hat er aber nach § 371 HGB die Befugnis, sich aus dem Gegenstand zu befriedigen. Darin liegt der Schwerpunkt und Endzweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts²⁾, der sich aus den erhöhten Bedürfnissen der Kreditsicherung und der einfacheren Befriedigungsmöglichkeit im Handelsverkehr ergibt.

1) Schlegelberger, a.a.O. Anm.8 zu § 371 HGB; Wollf, a.a.O. S.100; Baumbach, a.a.O. Anm.4 zu § 371 HGB; Dantschow, a.a.O. S.40; Planitz, Johannes: Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geschichtlich entwickelt; Diss. Leipzig 1906, S.33 ff; Leon, a.a.O. S.6

2) Staub, a.a.O. Anm.1 zu § 371 HGB; Kunigam, a.a.O. S.4; Leon, a.a.O. S.4

B. Voraussetzungen

1. Kaufmannseigenschaft

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hat, um seine Wirkungen nur dem Handelsverkehr zugute kommen zu lassen, bestimmte Voraussetzungen an die Parteien geknüpft. Während das Zurückbehaltungsrecht des BGB allen Rechtssubjekten zusteht, ist Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts in subjektiver Hinsicht, daß die durch das Zurückbehaltungsrecht gesicherte Forderung einem Kaufmann gegen einen Kaufmann zusteht. Da, wie bereits oben festgestellt wurde, der Handelsvertreter im Gegensatz zu früher auch für einen Nichtkaufmann tätig sein kann, scheidet für diese Handelsvertreter das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von vornherein aus, so daß sie allein auf das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht angewiesen sind.

Beim Handelsvertreter liegt die Kaufmannseigenschaft immer vor, da nach § 84 HGB nur derjenige Handelsvertreter ist, der selbständig ein Gewerbe betreibt. Daß es sich bei diesem Gewerbe stets um ein Handelsgewerbe handelt, ergibt sich aus der Natur der Sache und ist im übrigen in § 1 Abs.II Nr.7 HGB ausdrücklich festgelegt. Aber auch der Unternehmer muß Kaufmannseigenschaft besitzen, wobei es allerdings gleichgültig ist, ob er Kaufmann nach §§ 1, 2, 3 Abs.II oder 6 HGB ist. Es kann sich also sowohl um einen Minderkaufmann, als auch um eine Handelsgesellschaft handeln. Selbst wenn er keine Kaufmannseigenschaft besitzt, im Rechtsverkehr aber als Kaufmann aufgetreten ist, wird man im Interesse des Handelsverkehrs die Anwendung des § 369 HGB zu seinen Ungunsten - nicht aber zu seinen Gunsten¹⁾

1) Auch ein Nichtkaufmann, der im Handelsverkehr als Kaufmann auftritt, wird sich jedoch auf die Entstehung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts berufen können, wenn der andere Teil wußte, daß er mit einem Scheinkaufmann abschließt.

bejahen müssen¹⁾, und zwar nicht nur für den Fall, daß sich der Unternehmer bewußt wahrheitswidrig dem Handelsvertreter gegenüber als Kaufmann ausgegeben hat, sondern auch, wenn er entschuldbar an seine Kaufmannseigenschaft geglaubt und der Handelsvertreter hierauf vertraut hat²⁾. Letzterer kann also auch gegen den nichteingetragenen Scheinkaufmann ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht erwerben.

Die Kaufmannseigenschaft muß auf beiden Seiten im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, für die das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, vorhanden sein, da diese sonst nicht aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herühren kann. Auch im Zeitpunkt der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts muß die Kaufmannseigenschaft vorhanden sein, während ein späterer Wegfall das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr berührt.

2. Gegenstand der Forderung des Handelsvertreters

Wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht braucht die Forderung nicht in einem obligatorischen Anspruch zu bestehen, sondern kann ebenso ein dinglicher, z.B. ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB sein³⁾. Der in § 369 HGB verwendete Begriff "Forderung" ist zwar enger als der Begriff "Anspruch"; es ist aber anerkannt, daß die allgemeinen Grundsätze über die Forderungen auf die dinglichen Ansprüche entsprechend anzuwenden sind⁴⁾. Der Ausdruck "Forderung" in § 369 HGB will daher die dinglichen Ansprüche

1) Schlegelberger, a.a.O. Anm.9 zu § 369 HGB;
Staub, a.a.O. Anm.4 zu § 369 HGB

2) Schlegelberger, a.a.O. Anm.9 zu § 369 HGB;
Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 2 a zu § 369 HGB

3) Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht;
2. und 3. Aufl. Tübingen 1928, S.423

4) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 1, I, 2;
Leon, a.a.O. S.11;
Motive, a.a.O. Band 2 S.4 und Band 3 S. 398 ff, 408 f

nicht ausschließen, sondern umfaßt sie vielmehr mit¹⁾, so daß das Zurückbehaltungsrecht nicht erst in dem Augenblick, in dem z.B. der Herausgabeanspruch nach § 989 ff BGB in eine Schadensersatzforderung übergeht, sondern bereits mit der Entstehung des dinglichen Anspruchs zustande kommt²⁾.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht, bei dem der Handelsvertreter nur einen Gegenanspruch irgendwelcher Art zu haben braucht, muß es sich bei § 369 HGB um eine - wenn auch nur indirekte - Geldforderung handeln. Es ist zwar unstreitig, daß sie nicht direkt und von vornherein auf Geld zu gehen braucht; sie muß jedoch in eine Geldforderung umwandelbar sein³⁾. Dies ergibt sich aus dem Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, das eben nicht nur dem Sicherungszweck dient, sondern dem Handelsvertreter auch das Recht gibt, sich im Bedarfsfalle zu befriedigen. Ein Befriedigungsrecht ist jedoch überhaupt nur dann denkbar, wenn die Forderung einen bestimmten Geldwert hat, wenn also die Nichtbefriedigung dieses Anspruchs eine Schadensersatzforderung begründet. Kann die Forderung nicht einmal in eine Geldforderung umgewandelt werden, so ist ein Pfandverkauf nach § 11228 Abs. II BGB unmöglich und damit eine Befriedigung ausgeschlossen. Es ist zwar richtig, daß der Handelsvertreter nicht verpflichtet ist, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstand zu befriedigen⁴⁾; da ihm aber das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht diese

-
- 1) Schlegelberger, a.a.O. S.210;
Hendrichs, Viktor: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Diss.Greifswald 1919, S.38
 - 2) Gross, Philipp: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Diss.Giessen 1929, S.8
 - 3) allgem.Meinung siehe z.B.
Wolff, a.a.O. S.86; Gadow, in RGR-Komm. Anm.10 zu § 369 HGB;
Koenige, a.a.O. Anm.1 a zu § 369 HGB; Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.2 b zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 b zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm.10 zu § 369 HGB;
anderer Ansicht: Beck, a.a.O. S.26; Hendrichs, a.a.O. S.41
 - 4) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 2 zu § 371 HGB;
Hendrichs, a.a.O. S.27

über das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht hinausgehende Möglichkeit gibt, muß er auch die besonderen Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts erfüllen. Würde ihm auch die Zurückbehaltung wegen Forderungen, die nicht in Geldforderungen umwandelbar sind, zustehen, so hätte er damit nur ein indirektes Sicherungsrecht, da ihm dann die Möglichkeit der Befriedigung genommen wäre. Man würde damit ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht minderer Qualität schaffen, das durch § 369 HGB nicht gewollt ist. Für Ansprüche des Handelsvertreters, die keinen zahlenmäßig ausdrückbaren Wert besitzen, steht ihm ja neben dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht noch das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht zur Verfügung.

Der Handelsvertreter kann demnach ein Zurückbehaltungsrecht wegen aller Forderungen geltend machen, die ihm auf Grund von Schadensersatzansprüchen, Ansprüchen auf Ersatz von Unkosten und Auslagen und Provisionsansprüchen zustehen¹⁾. Nicht dagegen hat er ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht wegen Pflichtverletzungen des Unternehmers, auf Grund derer ihm noch kein Schaden entstanden ist. Während er also nach den Bestimmungen des BGB mit Ansprüchen, die dem Unternehmer zustehen, zurückhalten kann, wenn dieser ihm z.B. nicht die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellt oder einen fälligen Buchauszug nicht erteilt, kann er dies auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts erst dann tun, wenn ihm auf Grund dieser Pflichtverletzungen des Unternehmers ein Schadensersatzanspruch erwachsen ist, wenn ihm also tatsächliche, zahlenmäßig in Geld ausdrückbare Nachteile entstanden sind. Häufig wird dies entweder überhaupt nicht der Fall sein, oder aber der Schaden ist erst dann beweisbar, wenn dem Handelsvertreter kein Zurückbehaltungsobjekt mehr zur Verfügung steht. Als Beispiel sei hier der dem Einfirmenvertreter zustehende Zeugnisanspruch angeführt. Im Zeitpunkt der Beendigung des

1) siehe dazu im einzelnen Kapitel: Anspruch des Handelsvertreters beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht.

Handelsvertreter-Verhältnisses , in dem sich der Handelsvertreter noch im Besitz von zurückbehaltungsfähigen Objekten befindet, steht ihm ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an diesen Objekten wegen seines Zeugnisanspruches nicht zu, da dieser Anspruch mangels eines ersichtlichen Schadens noch nicht in eine Geldforderung umgewandelt werden kann. Wenn dem Handelsvertreter dann nach einiger Zeit ein Schadensersatzanspruch zustünde, da er infolge des fehlenden Zeugnisses noch keine neue Vertretung bekommen und damit einen Verdienstausschlag erlitten hat, ist ihm die Geltendmachung des ihm nunmehr zustehenden kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts aus tatsächlichen Gründen unmöglich, da er bei Vertragsbeendigung mangels eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts alle zurückbehaltungsfähigen Gegenstände an den Unternehmer zurückgeben mußte.

In allen Fällen also, in welchen der Handelsvertreter eine berechnigte Forderung besitzt, die sich jedoch nicht in eine Geldforderung umwandeln läßt, ist er auf das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht angewiesen. Dieses ist auch geeignet, für ihn denselben Zweck zu erfüllen wie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, da bei derartigen Forderungen eine Befriedigung aus den zurückbehaltenen Gegenständen sowieso nicht möglich wäre.

3. Fälligkeit

Die Forderung muß prinzipiell im Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts fällig sein; eine Fälligkeit zur Zeit des Besitzerwerbs ist nicht nötig¹⁾. Ihre Berechnigung muß also nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis gefordert werden können, und es darf keine

1) Staub, a.a.O. Anm. 9 zu § 369 HGB; RGZ Band 106, S.249; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 a zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 14 zu § 369 HGB; Gross, a.a.O. S.17

zerstörende oder aufschiebende Einrede entgegenstehen. In-
soweit gilt dasselbe wie für das bürgerliche Zurückbehal-
tungsrecht¹⁾.

Im Gegensatz zum BGB kennt das HGB aber ein Notzurückbe-
haltungsrecht, auf Grund dessen das Erfordernis der Fällig-
keit bei unsicherer Vermögenslage des Unternehmers entfällt.
Dieses besondere Zurückbehaltungsrecht entspricht den Be-
dürfnissen des Handelsverkehrs und ist gerade für den Han-
delsvertreter von besonderer Bedeutung. In der Praxis wird
nämlich der Handelsvertreter von der konsequenten Ausübung
des Zurückbehaltungsrechts, insbesondere von der Befriedi-
gung, immer absehen, solange die Wahrscheinlichkeit be-
steht, seine Forderung auch auf andere Weise realisieren
zu können. Er wird im allgemeinen vielmehr erst dann von
seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, wenn ihm in-
folge schwerer Geschäftsdifferenzen an der Fortsetzung der
Geschäftsverbindung mit dem Unternehmer nicht mehr gelegen
ist, oder wenn er keine Möglichkeit sieht, von dem Unter-
nehmer die ihm zustehende Forderung zu erhalten, also bei
schlechter Solvenz des Unternehmers. Gerade für diesen Fall
sind aber die Voraussetzungen des normalen kaufmännischen
Zurückbehaltungsrechts zu eng, da der Handelsvertreter ge-
zwungen wäre, eine Sache, die er in Besitz hat, herauszu-
geben, obwohl er eine bereits bestehende Provisionsforde-
rung gegen den Unternehmer besitzt, die jedoch infolge der
Vorschrift des § 87 c Abs.I HGB in Verbindung mit § 87 a
Abs.IV HGB noch nicht fällig ist. Der Handelsvertreter müß-
te also seine unter Umständen einzige Deckung herausgeben,
obwohl er damit rechnen muß, seine eigene Forderung auf
Grund der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers nicht reali-
sieren zu können. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden,
hat der Gesetzgeber ein außerordentliches, das sogenannte
"Notzurückbehaltungsrecht" in § 370 HGB geschaffen, das die

1) siehe im einzelnen hierzu Kapitel: Fälligkeit der For-
derungen beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht.

Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts unter anderem dahingehend erweitert, daß die Forderung des Handelsvertreters nicht fällig zu sein braucht.

Voraussetzung für diese Erleichterung des Zurückbehaltungsrecht kann einmal die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unternehmers bilden. Es ist hierzu ein Beschluß nach § 108 KO oder § 198 Abs. I KO erforderlich; der Antrag auf Eröffnung des Konkurses genügt nicht¹⁾. Andererseits darf dieser vor Entstehung des Zurückbehaltungsrechts auch noch nicht beendet gewesen sein. Wird der Eröffnungsbeschluß erfolgreich angefochten, d.h. wegen Nichtvorliegens der materiellen Voraussetzungen wieder aufgehoben, so entfällt auch das Notzurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters. Anders dagegen, wenn die Aufhebung infolge Zustimmung aller Gläubiger²⁾ oder mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse erfolgt³⁾. Hier bleibt das einmal entstandene Notzurückbehaltungsrecht bestehen⁴⁾, da ja durch die Einstellung des Verfahrens die unsichere Vermögenslage des Unternehmers keineswegs beseitigt ist.

Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer seine Zahlungen eingestellt hat, d.h., wenn er wegen eines nicht bloß vorübergehenden, sondern voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln, nach außen erkennbar, nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Geldschulden zu erfüllen⁵⁾. Einzelne Zahlungen,

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 3 zu § 370 HGB

2) § 202 KO

3) § 204 KO

4) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 2 zu § 370 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 3 zu § 370 HGB

5) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 3 zu § 370 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 3 a zu § 370 HGB:
RGZ Band 51 S. 413 definiert die Zahlungseinstellung als "die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln".

vor allem zur vorläufigen Aufrechterhaltung des Betriebes schließen die Zahlungseinstellung ohne weiteres nicht aus, dagegen darf nicht lediglich eine Zahlungsstockung vorliegen¹⁾ und es genügt auch nicht, daß der Unternehmer so überschuldet ist, daß er demnächst seine Zahlungen einstellen muß, oder der Konkurs zu erwarten ist²⁾. Aus dem Wortlaut des § 370 Abs.I S.1 HGB geht hervor, daß sich die Ausnahmeregelung nur auf die Nichtzahlung fälliger Geldschulden bezieht. Es liegt demnach keine Zahlungseinstellung vor, wenn der Unternehmer nicht mehr imstande ist, fällige Warenlieferungen einzuhalten, weil er infolge Geldmangels nicht die erforderlichen Rohstoffe einkaufen kann³⁾.

Schließlich kann der Handelsvertreter das Notzurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Unternehmers ergebnislos verlaufen ist, also nicht zur vollständigen Befriedigung geführt hat. Hierbei ist es gleichgültig, wer die Zwangsvollstreckung versucht hat⁴⁾, es braucht also keineswegs der Handelsvertreter selbst gewesen zu sein. Wie bei der Zahlungseinstellung kommt auch hier nur eine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Betracht, da nur das Nichterhalten von Geld ein Zeichen für den schlechten Kreditzustand des Unternehmers sein kann. Hat dagegen der Handelsvertreter oder ein dritter Gläubiger eine andere Zwangsvollstreckung, z.B. wegen Herausgabe von Sachen vergeblich versucht, so kann daraus kein Notzurückbehaltungsrecht hergeleitet werden. Die Zwangsvollstreckung darf auch nicht soweit zurückliegen, daß sie im Verkehr nicht mehr beachtet wird⁵⁾,

1) Jaeger, a.a.O. Anm. 9 zu § 30 KO

2) RGZ Band 3 S. 114

3) Jaeger, a.a.O. Anm.10 zu § 30 KO; Kunigam, a.a.O. S.57; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.3 c zu § 370 HGB

4) Schlegelberger, a.a.O. Anm.4 zu § 370 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 zu § 370 HGB

5) Staub, a.a.O. Anm.1 c zu § 370 HGB; Leon, a.a.O. S.46; Schlegelberger und Düringer-Hachenburg, a.a.O.

und aus demselben Grund muß auch dem Unternehmer der Nachweis gestattet werden, daß er inzwischen wieder zu Geld gekommen ist¹⁾.

Während also im allgemeinen auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters im Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nötig ist, entfällt dieses Erfordernis bei Vorliegen einer der drei vorgenannten Voraussetzungen, so daß der Handelsvertreter bei unsicherer Vermögenslage des Unternehmers auch wegen nichtfälliger Forderungen bewegliche Sachen oder Wertpapiere des Unternehmers zurückbehalten kann. Dagegen ist ihm eine Verwertung der zurückbehaltenen Sachen auch beim Notzurückbehaltungsrecht erst nach Fälligkeit der gesicherten Forderung gestattet²⁾. Dies ergibt sich m.E. eindeutig aus § 371 HGB, wonach die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB erfolgt, so daß § 1228 Abs.II Anwendung findet. Da der § 370 HGB sowieso eine zugunsten des Gläubigers geschaffene Ausnahmeregelung darstellt, darf seine Anwendung nicht übermäßig weit ausgedehnt werden, sondern es ist eine restriktive Auslegung angebracht³⁾. Daher ist auch für die Befriedigung aus dem Notrückbehaltungsrecht die in § 1228 Abs.II BGB geforderte Befriedigungsreife, d.h. also die Fälligkeit der gesicherten Forderung nötig.

4. Beiderseitiges Handelsgeschäft

Wie oben⁴⁾ erörtert wurde, macht das BGB zur wesentlichen Bedingung der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts, daß

1) Schlegelberger, a.a.O.; Lohmann, a.a.O. S.40

2) Dieser Ansicht auch Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.1 zu § 371 HGB und Neufeld-Schwarz, a.a.O. Anm.1 zu § 370 HGB; anderer Ansicht die anscheinend herrschende Meinung: z.B. Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.1 zu § 371 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm.4 zu § 371 HGB; Wolff, a.a.O. S.85 und 107; alle ohne Begründung. Kunigam, a.a.O. S.58 stellt das Befriedigungsrecht auf Grund nicht fälliger Forderungen nach § 370 HGB als Unter-

zwischen den beiden sich gegenüber stehenden Ansprüchen gewisse Beziehungen bestehen, die eine innere, wirtschaftliche Zusammengehörigkeit darstellen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kennt zwar den Begriff der Konnexität nicht; es hat aber insofern, als es nur an Forderungen zugelassen wird, die aus beiderseitigen, zwischen Kaufleuten geschlossenen Handelsgeschäften herrühren, einen ganz verwandten Begriff geschaffen. Dieser Begriff berührt sich mit der Konnexität des BGB in dem Sinne, wie sie oben dargestellt ist, darin, daß auch hier beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht die beiderseitigen Geschäftsbeziehungen, aus denen die Forderung hervorgegangen ist, sich als ein einheitliches Lebensverhältnis ansehen lassen. Darüber, daß dieses einheitliche Lebensverhältnis bei Forderungen des Handelsvertreters dem Unternehmer gegenüber gegeben ist, kann kein Zweifel bestehen. Wie bereits oben erörtert wurde, rühren alle diese Forderungen aus dem Handelsvertreter-Vertrag her, der die verbindende Grundlage der gegenseitigen Beziehungen zwischen Unternehmer und Handelsvertreter bildet. Denn werden auch z.B. die Provisionsforderungen des Handelsvertreters durch die Vielheit einzelner mit dem Kunden vertretungsweise abgeschlossener oder vermittelter Geschäfte begründet, so bedeutet jeder Geschäftsabschluß doch nur eine Teilerstellung der vom Handelsvertreter durch den Handelsvertreter-Vertrag übernommenen Verpflichtungen¹⁾ und auch andere Ansprüche, wie z.B. Schadensersatzforderungen des Handelsvertreters sind indirekt auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses zustande gekommen. Daß der Handelsvertreter-Vertrag selbst ein Handelsgeschäft ist, ergibt sich aus § 343 Abs. I HGB, wonach unter diesen Begriff alle Geschäfte eines Kaufmanns fallen,

schied zum Pfandrecht heraus.

3) So auch Leon, a.a.O. S.47

4) Kapitel: Wechselseitigkeit und Konnexität der Ansprüche beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht.

1) So auch Kunigam, a.a.O. S.17

die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Es ist hierbei unbestritten, daß auch Hilfs- oder Nebengeschäfte, wie der Abschluß eines Handelsvertreter-Vertrages zu den Handelsgeschäften zu rechnen sind¹⁾. Die Voraussetzung des beiderseitigen Handelsgeschäftes ist daher auf Grund des bestehenden Handelsvertreter-Vertrages stets gegeben.

5. Vertragsschluß zwischen Unternehmer und Handelsvertreter

Das beiderseitige Handelsgeschäft muß gem. § 369 HGB "zwischen ihnen", d.h. zwischen Unternehmer und Handelsvertreter geschlossen sein. Bei allen Forderungen aus dem Handelsvertreter-Vertrag selbst bedarf es keiner weiteren Begründung, daß dieses Erfordernis erfüllt ist; denn der Handelsvertreter-Vertrag kann ja nur zwischen Unternehmer und Handelsvertreter geschlossen sein. Die Vorschrift bedeutet aber insbesondere, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht für zediierte Forderungen erworben werden kann, d.h., daß auch die einzelnen Forderungen, wegen derer der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen will, ihren Entstehungsgrund im Handelsvertreter-Vertrag haben müssen. Dieser Ausschluß zedierter Forderungen ist ein Erfordernis der Billigkeit. Der Grund ist ähnlich dem für die Beschränkung der Konkursaufrechnung in § 55 Nr. 3 KO. Wäre er nicht gegeben, so könnte sowohl eine unbillige Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Unternehmers, als auch des Unternehmers selbst eintreten. Der Handelsvertreter, der zwar den Besitz an Sachen des Unternehmers hat, dem aber keine Forderungen gegen diesen zustehen, könnte sich solche von einem ungesicherten Dritten abtreten las-

1) allgemeine Meinung, z.B. Staub, a.a.O. Anm. zu § 343 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 8 zu § 343 HGB; Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 1 D zu § 343 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 3 zu § 343 HGB

sen und so einen nichtberechtigten Vorteil erlangen, da er im Konkurs des Unternehmers auf Grund des § 49 Abs. I Ziff. 4 KO ein Absonderungsrecht hätte, dem eine Benachteiligung der anderen Gläubiger gegenübersteht, denen die auf diese Weise geschmälerierte Konkursmasse bliebe. Andererseits könnte auch der Unternehmer schwer geschädigt werden, wenn er über die Sachen, die sich im Besitz des Handelsvertreters befinden, disponiert hat und diese nun wider Erwarten nicht erhält, weil dem Handelsvertreter, der nisher nicht zurückhalten konnte, von dritter Seite eine Forderung zediert wurde. Wegen dieses unbilligen Ergebnisses verlangt hier der Gesetzgeber, daß das Handelsgeschäft direkt zwischen Unternehmer und Handelsvertreter zustande gekommen sein muß.

Dieses Erfordernis ist ausnahmsweise nicht nötig bei Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren¹⁾, also bei Papieren, die ihrer Natur nach zum Umlauf bestimmt sind. Dies geht aus dem Wesen dieser Papiere hervor; denn der Aussteller verpflichtet sich, demjenigen, der zur Verfallzeit das Orderpapier besitzt und sich durch die nicht unterbrochene Indossamentenkette legitimiert, oder der das Inhaberpapier in Besitz hat, zu leisten. Es steht daher jeder rechtmäßige Erwerber dem Aussteller nicht nur als Rechtsnachfolger seines Vormannes gegenüber, sondern vielmehr als selbständiger Gläubiger²⁾. Die Rechtsprechung hat angenommen, daß zwischen dem Indossatar eines Orderpapiers und dem aus einem solchen Papier Verpflichteten ein zwischen diesen abgeschlossenes Geschäft i. S. des § 369 HGB vorliegt³⁾. Erwirbt also der Handelsvertreter ein Order- oder Inhaberpapier, dessen Aussteller der Unternehmer ist, von einem Dritten, so ist er selbständiger Gläubiger des Unternehmers und kann aus dieser Forderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn die Pa-

1) allgemeine Meinung; z. B. RGZ Band 9, S. 45; Wolff, a. a. O. S. 84; Düringer-Hachenburg, a. a. O. Anm. 4 zu § 369 HGB; Staub, a. a. O. Anm. 8 zu § 369 HGB.
Anderer Ansicht: Hendrichs, a. a. O. S. 46 f.

2) so auch Leon, a. a. O. S. 16

3) RGZ Band 9, S. 45

pierhingabe, sowie der Papiererwerb auf beiden Seiten Handelsgeschäfte sind¹⁾. Hier wird der Unternehmer auch nicht unerwartet in seinen Vermögensdispositionen gestört, da er weiß, daß der Gläubiger derartiger Forderungen wechseln wird und damit rechnen muß, daß auch der Besitzer seiner Sachen sein Gläubiger werden kann²⁾.

Ist das Zurückbehaltungsrecht einmal entstanden, so geht es nicht dadurch unter, daß der Handelsvertreter seine Forderung gegen den Unternehmer unter Übergabe³⁾ der zurückbehaltenen Sache auf einen Dritten überträgt; vielmehr kann in diesem Fall das Zurückbehaltungsrecht mitübertragen werden⁴⁾. Einer derartigen Übertragung des Zurückbehaltungsrechts zusammen mit der Forderung und dem Besitz der zurückbehaltenen Sache steht § 369 HGB nicht entgegen, da sie keine Nachteile für irgendeinen der Beteiligten, insbesondere für den Unternehmer, birgt. Daß dieser damit gegen seinen Willen einen neuen und meist weniger nachgiebigen Gläubiger gegenübergestellt bekommt, da der Dritte viel-

-
- 1) Auf seiten der Zwischenbesitzer braucht nicht der Tatbestand eines Handelsgeschäftes vorzuliegen.
Schlegelberger, a.a.O. Anm.12 zu § 369 HGB;
Planitz, a.a.O. S.7
 - 2) Müller-Erzbach, a.a.O. S.424; RGZ Band 9, S.49; Gierke, Julius v.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht; 6.Aufl. Berlin 1949, S. 423; Schlegelberger, a.a.O. Anm.12 zu § 369 HGB; Schreiber, Otto: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen in zweiter Hand; Diss.Göttingen 1906, S.35; Gross, a.a.O. S.16
 - 3) Forderungsübertragung und Besitzübergang müssen gleichzeitig erfolgen, um einen Verlust des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts durch Trennung von Forderung und Besitz zu vermeiden. Die Gleichzeitigkeit wird jedoch durch eine mäßige Zeitspanne zwischen Forderungsübertragung und Besitzübergang nicht beseitigt, wenn zwischen beiden Handlungen ein Willenszusammenhang besteht. (Wolff, a.a.O. S.118; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 zu § 369 HGB).
 - 4) Es geht jedoch nicht mit Übergang der Forderung von selbst über; § 1250 Abs.I S.1 BGB findet hier keine analoge Anwendung. (Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 zu § 369 HGB).

fach nicht dieselben persönlichen Rücksichten zunehmen gezwungen ist wie der Handelsvertreter, liegt in der Natur aller Zessionen und soll durch § 369 HGB nicht ausgeschlossen werden. Diese Vorschrift will eben nur vermeiden, daß der Gläubigerwechsel dazu benutzt wird, die Entstehung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts erst herbeizuführen, nicht aber soll ein bereits entstandenes Zurückbehaltungsrecht überhaupt unübertragbar gemacht werden.

Daher kann trotz der Bestimmung des § 369 HGB auch ein Gläubigerwechsel dadurch eintreten, daß der Handelsvertreter sein Unternehmen nach § 25 Abs.I HGB mit allen Aktiven und Passiven veräußert¹⁾. Hier gelten alle im Zusammenhang mit dem Handelsvertreter-Vertrag dem Unternehmer gegenüber begründeten Forderungen als auf den Erwerber übergegangen. "Dem Schuldner gegenüber gilt der Erwerber als der einzige und wahre Gläubiger"²⁾. Der neue Gläubiger tritt also vollständig an die Stelle des Handelsvertreters. Es muß ihm daher wegen aller Forderungen, die vor der Geschäftsveräußerung in den Besitz des Handelsvertreters gelangt sind, ein Zurückbehaltungsrecht zugesprochen werden, obwohl zwischen ihm und dem Unternehmer kein Handelsgeschäft zustande gekommen war. Das selbe muß gelten für Waren, die der Unternehmer nach der Veräußerung in den Besitz des neuen Gläubigers gelangen läßt, wenn dies im Rahmen des übernommenen Unternehmens erfolgt. Letzteres ist jedoch nicht der Fall bezüglich der Waren des Unternehmers, die der neue Gläubiger bereits vor Geschäftsübernahme vom Handelsvertreter erhalten hat. An diesen Sachen kann er daher kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Das soeben Ausgeführte gilt in gleicher Weise für die Erben des Handelsvertreters.

1) Schlegelberger, a.a.O. Anm.13 zu § 369 HGB

2) Staub, a.a.O. Anm.15 zu § 25 HGB

Ein einmal entstandenes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters geht auch bei einem Wechsel in der Person des Schuldners nicht unter. Übernimmt also ein Dritter die Schulden des Unternehmers oder gehen diese durch Erwerb des Unternehmens gem. § 25 HGB oder durch Erbgang auf einen Dritten über, so wird dadurch das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nicht berührt, obwohl kein Handelsgeschäft zwischen dem neuen Schuldner und dem Handelsvertreter vorliegt. Wollte man hier ein Zurückbehaltungsrecht ablehnen, so käme man zu einem äußerst unbilligen Ergebnis, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Es kann daher der Ansicht Schlegelbergers¹⁾ nicht gefolgt werden, der meint, man müsse sich streng an den Wortlaut des Gesetzes halten, obwohl er selbst sagt: "Es soll nicht verkannt werden, daß diese Auslegung unter Umständen für den Gläubiger nachteilig werden kann, ohne daß dies durch das Interesse des Schuldners erfordert wird". Vielmehr wird heute die Auffassung von Wolff²⁾ über die unbeschränkte Zulassung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Schuldübernehmer allgemein angenommen³⁾, wonach dem Handelsvertreter das Zurückbehaltungsrecht sowohl in den Fällen zusteht, in denen gem. §§ 414, 415 BGB ein Vertrag zwischen ihm und dem Schuldübernehmer zustande gekommen ist, als auch dann, wenn das ganze Unternehmen veräußert wurde oder durch Erbfall auf den Dritten übergegangen ist. In diesen Fällen kann der Handelsvertreter sogar Sachen des neuen Unternehmers, die er bereits vor dessen Geschäftsübernahme in Besitz hatte, auf Grund der ihm nunmehr gegen diesen zustehenden Forderung zurückbehalten⁴⁾ und zwar selbst dann, wenn das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erst nach dem Schuldnerwechsel entsteht⁵⁾.

1) Schlegelberger, a.a.O. S.213

2) a.a.O. S.82

3) so z.B. Schlegelberger, a.a.O. Anm.13 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 zu § 369 HGB, Leon, a.a.O. S.18; Dantschow, a.a.O. S.44; Kunigam, a.a.O. S.22; Gross, a.a.O. S.15; anderer Ansicht: Staub, a.a.O. Anm.8 zu § 369 HGB

4) so auch Leon, a.a.O. S.18; anderer Ansicht: Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.4 zu § 369 HGB

5) Kunigam, a.a.O. S.20

6. Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts

Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich nicht nur auf Sachen, sondern - wie oben erörtert - kann jede Leistung Gegenstand der Zurückbehaltung sein. Anders beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, das sich auf bewegliche Sachen und Wertpapiere des Unternehmers beschränkt. Diese Einschränkung war nötig im Hinblick auf die erleichterte Befriedigungsmöglichkeit und den nicht mehr erforderlichen strengen Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung. Sie ergibt sich auch logisch aus der Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht, das lediglich ein Sicherungsmittel darstellt, besteht der Endzweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts in der Befriedigung des Zurückbehaltenden. Es kann deshalb nur an solchen Sachen zugelassen werden, bei welchen eine leichte und rationelle Verwertung möglich ist, d.h. also bei Sachen und Wertpapieren. Auf Immobilien, Rechte, soweit sie nicht in Wertpapieren verkörpert sind, Handlungen oder Unterlassungen, Wertpapiere und bewegliche Sachen, die nicht Gegenstand des Handels sein können, erstreckt sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht. Wie sich nämlich aus dem Zusatz: "die auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind" ergibt, will das HGB unter beweglichen Sachen nicht alle beweglichen körperlichen Gegenstände¹⁾ verstanden wissen, sondern nur solche, über die ein Handelsgeschäft abgeschlossen werden kann²⁾, also Waren. Demgemäß müssen auch die Wertpapiere auf solche des Handelsverkehrs beschränkt bleiben.³⁾ Vermögensbegriffe wird man nur dann für

1) § 90 BGB

2) so auch Lohmann, Paul: Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht; Diss. Erlangen 1908, S. 28; Hendrichs, a.a.O. S. 27; anderer Ansicht Frey, a.a.O. S. 43

3) derselben Ansicht Staub, a.a.O. Anm. 15 zu § 369 HGB; Schulze, a.a.O. S. 24; anderer Ansicht Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 5 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 17 zu § 369 HGB; Gadow in RGR-Komm. Anm. 15 zu § 360 HGB

zurückhaltungsfähig halten dürfen, wenn sie aus beweglichen Sachen bestehen; ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters an seinem Warenlager ist daher denkbar ¹⁾.

Da, wie eben erwähnt, der Endzweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts darin besteht, dem Handelsvertreter durch die Veräußerung der Zurückbehaltungsobjekte Befriedigung zu gewähren, genügt es nicht, wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht, daß die Gegenstände für den Unternehmer von irgendwelchem Interesse sind; sie müssen vielmehr einen selbständig realisierbaren Vermögenswert haben. Der Handelsvertreter darf nicht nur zurückbehalten, um auf den Unternehmer einen Druck auszuüben ²⁾, sondern nur, um sich aus der Sache zu befriedigen. Meistens werden die Gegenstände des Handelsverkehrs diese Bedingung erfüllen. Gerade bei den dem Handelsvertreter zur Verfügung stehenden Mustern wird dies jedoch häufig nicht der Fall sein, wie das bereits oben ³⁾ erwähnte Beispiel zeigt.

Von diesem Zweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts als Befriedigungsmittel ist auch auszugehen, wenn man untersucht, was das Gesetz in § 369 HGB unter Wertpapieren verstanden haben will. Es können nur Urkunden gemeint sein, die Träger von Werten sind und sich selbständig verwerten lassen. ⁴⁾ Beweis- und Legitimationsurkunden wie z.B. Sparkassenbücher, Erneuerungsscheine, Schuldscheine ⁵⁾ und sachenrechtliche Papiere ⁶⁾ können daher nicht Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts sein, es sei denn, daß sie

-
- 1) ebenso Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm.5 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm.16 zu § 369 HGB; anderer Ansicht Schlegelberger, a.a.O. Anm.17 zu § 369 HGB, der meint, daß an einem Sachinbegriff, wie an einem Warenlager, überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht bestehen kann.
 - 2) anderer Ansicht Beck, Walter: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Vergleich mit dem Zurückbehaltungsrecht des BGB und den gesetzlichen Pfandrechten; Diss. Erlangen 1915, S.39.
 - 3) siehe Kapitel: Grenzen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.
 - 4) Schlegelberger, a.a.O. Anm.17 zu § 369 HGB

infolge ihrer eigentümlichen stofflichen Zusammensetzung oder aus anderen Gründen, z.B. als Autogramme, einen Vermögenswert repräsentieren. Sie verbriefen zwar auch Rechte, sind aber nicht deren Träger und daher nicht für sich allein verwertbar. Der Bausparkassenvertreter kann also z.B. an Hypotheken-, Grundschild- und Rentenschuldbriefen zwar ein bürgerliches, niemals aber ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht geltend machen¹⁾; ebensowenig steht dem Versicherungsvertreter ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an Lebensversicherungspolice²⁾ zu.

Für den Handelsvertreter kommen dagegen an Wertpapieren i.S. des § 369 HGB in erster Linie Wechsel und Schecks, die er von Kunden zahlungshalber angenommen hat, als Zurückbehaltungsobjekte in Betracht. Weiterhin gehören hierher die in seinen Besitz gelangten Dispositions- oder Traditionspapiere, also Konnossemente, Ladescheine und Lagerscheine und schließlich noch kaufmännische Verpflichtungsscheine und Anweisungen.

7. Eigentum des Unternehmers

Während es bei dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht keine Rolle spielt, in wessen Eigentum die Zurückbehaltungsobjekte stehen, ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht des

5) RGZ 29, 301; 75, 359; Staub, a.a.O. Anm. 16 zu § 369 HGB

6) § 952 Abs. II BGB

1) ebenso Staub, a.a.O. Anm. 16 zu § 369 HGB; Koenige, a.a.O. Anm. 1 b zu § 369 HGB; Gross, a.a.O. S. 19

2) An Versicherungsscheinen kann der Handelsvertreter nur ein Zurückbehaltungsrecht haben, wenn sie Träger des Versicherungsanspruchs sind und Wertpapiercharakter haben; z.B. an Order gestellte Transportversicherungsscheine (§ 363 Abs. II HGB, § 4 VVG) oder bei Versicherung für fremde Rechnung (§ 77 VVG).

Vgl. hierzu Schlegelberger, a.a.O. Anm. 17 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm. 16 zu § 369 HGB

Handelsvertreters prinzipiell nur an im Eigentum des Unternehmers stehenden Sachen oder Wertpapieren möglich. Mit-eigentum genügt hierbei, um dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht an dem Anteil des Unternehmers zu ge-währen, soweit dieser nach § 747 BGB darüber verfügen darf¹⁾, dagegen ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bei Eigentum zur gesamten Hand nicht möglich, da dem Unterneh-mer hier das Verfügungsrecht fehlt²⁾. An Sachen eines Drit-ten kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung ge-langen³⁾. Übergibt der Unternehmer dem Handelsvertreter Wa-ren, die bereits in das Eigentum eines Kunden übergegangen sind zur Weiterleitung an diesen, so ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters an diesen Waren auch dann nicht möglich, wenn die Anweisung, in bestimmter Weise mit den Waren zu verfahren, nämlich sie an den Kunden auszuliefern, nicht vor oder bei der Übergabe, sondern erst nachträglich erteilt wurde. Er kann die Waren auch dann nicht zurückbehalten, wenn er bei der Annahme der Güter zur Weiterleitung im guten Glauben war, d.h. nicht wußte und nicht zu wissen brauchte, daß die Güter schon dem Kunden ge-hörten⁴⁾. Ja, selbst wenn er infolge einer arglistigen Täu-schung des Unternehmers annehmen mußte, dieser sei Eigen-tümer, ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht begründet⁵⁾. Ein Schutz des guten Glaubens wie beim Eigen-tumserwerb von einem Nichtberechtigten⁶⁾ und dem Erwerb des

1) Staub, a.a.O. Anm.20 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.6 a zu § 360 HGB

2) § 719 BGB;
so auch Planitz, a.a.O. S.10.
Ein Zurückbehaltungsrecht an Gesamteigentum ist nur mög-lich, wenn die gesamte Hand selbst aus einem mit ihr ge-schlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft schuldet.
(Schlegelberger, a.a.O. Anm.20 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.6 a zu § 369 HGB).

3) allgemeine Meinung

4) Schlegelberger, a.a.O. Anm.20 zu § 369 HGB

5) Dantschow, a.a.O. S. 50

6) §§ 932 ff BGB

vertragsmäßigen oder gesetzlichen Pfandrechts, soweit dieses dem Handelsrecht entspringt¹⁾, findet beim Zurückbehaltungsrecht nicht statt²⁾. Entscheidend ist lediglich die objektive Rechtslage³⁾. Allerdings kann sich der Unternehmer, der den Handelsvertreter schuldhaft in den Irrtum versetzt hat, er sei Eigentümer der Waren, nicht darauf berufen, daß diese nicht ihm, sondern einem Dritten gehörten⁴⁾. In diesem Fall kann der Handelsvertreter dem Unternehmer die Einrede der Arglist entgegensetzen und wird solange geschützt, bis der Dritte selbst sein Recht wahrnimmt und sich auf sein Eigentum beruft. Gegenüber dem Herausgabeanspruch des wirklichen Eigentümers versagt diese Einrede natürlich, es sei denn, daß auch dieser sich gegenüber dem Handelsvertreter eines arglistigen Verhaltens schuldig gemacht hat⁵⁾. Aber selbst, wenn der wahre Eigentümer damit einverstanden sein sollte, daß der Handelsvertreter die Sachen wegen einer Forderung gegen den Unternehmer zurückbehält, entsteht kein gesetzliches kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. § 185 BGB ist hier nicht anwendbar, da § 369 HGB ausdrücklich verlangt, daß es sich um Sachen des Schuldners, also hier des Unternehmers, handelt. In dieser Zustimmung kann man höchstens eine Ermächtigung für den Unternehmer zur Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts erblicken⁶⁾. Jedenfalls handelt es sich nicht mehr um ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht.

Das Eigentum des Unternehmers muß im Zeitpunkt der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts vorhanden sein⁷⁾, also dann wenn der Handelsvertreter im Besitz der Sache ist und eine

1) §§ 366 HGB, 1207 BGB

2) RG Band 69, S.17; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 20 zu § 369 HGB

3) Planitz, a.a.O. S.11; Schlegelberger, a.a.O. S.199

4) Staub, a.a.O. Anm. 25 zu § 369 HGB

5) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.7 zu § 369 HGB

6) Vgl. Wolff, a.a.O. S.90

7) Planitz, a.a.O. S.10 und 20; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 7 zu § 369 HGB

fällige Forderung gegen den Unternehmer hat. Der Augenblick des Besitzerwerbs durch den Handelsvertreter oder der der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist nicht maßgebend¹⁾. Das Eigentum des Unternehmers muß also mit allen übrigen Voraussetzungen zusammentreffen, um ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zu begründen. Ist dies einmal der Fall gewesen, so ist ein späterer Eigentumswechsel ohne Einfluß auf den Bestand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts²⁾. Überqignet also z.B. der Unternehmer Sachen, die sich im Besitz des Handelsvertreters befinden und an welchen bereits ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht entstanden ist, einem Kunden durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 931 BGB, so geht dadurch das einmal entstandene Zurückbehaltungsrecht nicht unter, sondern der Handelsvertreter kann dieses nach § 369 Abs.II HGB vielmehr auch dem neuen Eigentümer entgegensetzen.

Ausnahmsweise und nur in zwei gesetzlich genau festgelegten Fällen kann dem Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen Sachen zustehen, und zwar dann, wenn das Eigentum an dem Gegenstand von dem Unternehmer selbst auf den Handelsvertreter übergegangen ist oder von einem Dritten für den Unternehmer auf den Handelsvertreter übertragen worden ist, aber auf den Unternehmer zurückzuübertragen ist³⁾. Es ist also nicht jede Sache des Handelsvertreters, die dieser an den Unternehmer zu leisten verpflichtet ist, zurückbehaltungsfähig, sondern nur solche, die zwar formell in seinem Eigentum stehen, wirtschaftlich aber als dem Unternehmer gehörig bezeichnet werden müssen⁴⁾. Praktisch wird diese Ausnahmeregelung im Handelsvertreter-Verhältnis

1) Schlegelberger, a.a.O. S. 298

2) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.7 zu § 369;
Schlegelberger, a.a.O. Anm. 21 zu § 369 HGB

3) § 369 Abs.I Satz 2 HGB

4) Beispiele bei Staub, a.a.O. Anm.24 zu § 369 HGB;
anderer Ansicht Gross, a.a.O. S.27 und die dort
Aufgeführten.

nicht vorkommen. Ist der Handelsvertreter Einkaufsvertreter, so handelt er stets erkennbar im Namen des Unternehmers, so daß dieser gem. § 164 BGB stets sofort Eigentümer der vom Handelsvertreter eingekauften Waren wird. Ist er Verkaufsvertreter, so wird er ebenfalls kein Eigentum an den zu verkaufenden Waren erwerben. Eine Sicherungsübereignung¹⁾ von Gegenständen des Unternehmers wäre nur möglich unter gleichzeitiger Übergabe an den Handelsvertreter, so daß dieser also gleichzeitig Eigentümer und unmittelbarer Besitzer würde. Die übliche Form der Sicherungsübereignung, daß zwischen Schuldner und Gläubiger ein Besitzkonstitut des Inhalts vereinbart wird, daß der Schuldner unmittelbarer Besitzer bleibt und der Gläubiger nur den mittelbaren Besitz übertragen bekommt, würde keine Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts an den sicherungsübereigneten Gegenständen ermöglichen, da der mittelbare Besitz für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts dann nicht geeignet ist, wenn der Schuldner selbst den unmittelbaren Besitz innehat. Eine derartige Sicherungsübereignung, daß also der Gläubiger auch den unmittelbaren Besitz an der sicherungsübereigneten Ware erlangt, wird jedoch in der Praxis des Handelsvertreter-Verhältnisses nicht stattfinden, sondern man wird wohl stets den einfacheren Weg der Verpfändung der Sachen wählen. Für den Handelsvertreter wird es daher bei dem Grundsatz, daß er ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nur an dem Unternehmer gehörigen Sachen geltend machen kann, sein Bewenden haben.

1) Der Fall der Sicherungsübereignung steht zwar nicht unter den in der Denkschrift S.227 aufgeführten praktischen Anwendungsfällen für die Bestimmung des § 369 Abs.I Satz 2 HGB, wird aber richtigerweise von Staub, a.a.O. Anm. 24 zu § 369 HGB mit angeführt.

8. Besitz und Besitzerlangung des Handelsvertreters

Besitz ist Voraussetzung für die Geltendmachung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Dabei ist es gleichgültig, ob der Handelsvertreter unmittelbarer oder nur mittelbarer Besitzer ist. Nicht ausreichend für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wäre dagegen die sogenannte Besitzdienerschaft ¹⁾.

In Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts²⁾, die den Handelsvertreter hinsichtlich der Musterkollektionen als Besitzdiener, nicht aber Besitzer, bezeichnete, haben nahezu sämtliche Kommentare diese Ansicht ohne Erläuterung übernommen³⁾. Dem kann jedoch für den heutigen Handelsvertreter nicht gefolgt werden⁴⁾. Das Reichsgericht hatte bei seiner Entscheidung offensichtlich an einen Handlungsreisenden gedacht, der nach bestimmten Weisungen seines Geschäftsherrn, zu dem er sich in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis befindet, ohne wesentliche eigene Entschliebungsfreiheit den Kundenkreis des Geschäftes mit Musterkollektionen zu besuchen hat und daher nach der Definition des § 84 HGB heute nicht als Handelsvertreter, sondern als Angestellter zu bezeichnen wäre. Dies ergibt sich eindeutig aus dem vom Reichsgericht in seiner Entscheidung behandelten Grundfall, für den der Handlungsreisende zum Vergleich herangezogen wird. Der Handlungsvertreter ist ein selbständiger Kaufmann, der sich im Gegensatz zu dem vom Reichsgericht genannten Fall nicht in einem

1) § 855 BGB

2) RGZ Band 71, S.252

3) z.B. Staudinger, a.a.O. Anm.5 zu § 855 BGB; Palandt, a.a.O. Anm. 1 zu § 855 BGB; Soergel, a.a.O. Anm.5 zu § 855 BGB; Planck, a.a.O. Anm.2 zu § 855 BGB; Staub, a.a.O. Anm.45 zu § 59 HGB; Leon.a.a.O. S.7,8

4) So auch das LG Braunschweig in einer Entscheidung vom 10.2.1955 - 9 S 468/54 - abgedruckt in MDR 1955 S.362 f, das allerdings irrtümlicherweise in Verkennung des Begriffs des Handelsvertreters meint, die Voraussetzungen des § 855 BGB könnten auch für den Handelsvertreter zutreffen, wenn dieser z.B. Angestellter seines Prinzipals sei.

sozialen Abhängigkeitsverhältnis von seinem Auftraggeber befindet. Er ist nicht in, sondern nur für dessen Erwerbsgeschäft tätig. Es liegt daher kein Verhältnis einer tatsächlichen Unterordnung unter den Unternehmer derart vor, daß er dessen Weisungen zu jeder Zeit und unbedingt Folge zu leisten hat, sondern die persönliche Selbständigkeit des Handelsvertreters muß begriffsnotwendig immer erhalten bleiben. Die schuldrechtliche Verpflichtung, in bestimmter Weise mit einer Sache zu verfahren, reicht nicht aus, um ein Besitzdienerverhältnis i.S. des § 855 BGB anzunehmen¹⁾. Der Unternehmer bleibt daher an übergebenen Sachen zwar mittelbarer Besitzer, aber auch der Handelsvertreter wird durch die Übergabe nicht etwa nur Besitzdiener, sondern ebenfalls Besitzer²⁾. Von der Richtigkeit dieser Überlegung ist offenbar auch der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Änderung des HGB vom 6.8.1953 ausgegangen, da die Bestimmung des § 88 a HGB ja nur dann sinnvoll sein kann, wenn Zurückbehaltungsrechte für den Handelsvertreter entstehen können, wenn der Handelsvertreter also an den übergebenen Sachen Besitz erlangt.

Es genügt also, wenn ein anderer für den Handelsvertreter die zurückbehaltene Sache auf Grund eines Verhältnisses besitzt, vermöge dessen er dem Handelsvertreter gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Der Handelsvertreter bleibt auch dann Besitzer, wenn er die Sache bei einem Dritten lagert, oder den Gebrauch einem Dritten überlassen hat, oder wenn er sie einem Frachtführer zur Absendung an den Unternehmer übergeben hat. Mittelbarer Besitz des Unternehmers liegt sogar dann noch vor, wenn der Dritte ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht für sich geltend macht³⁾. Natürlich

1) RGR-Komm. Anm. 5 zu § 855 BGB

2) Wolff, a.a.O. S.27; Kunigam, a.a.O. S.26

3) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.9 zu § 369 HGB

darf der Unternehmer, dem gegenüber zurückbehalten werden soll, nicht selbst der unmittelbare Besitzer sein ¹⁾).

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 369 Abs. I HGB vertritt der Besitz des Dispositionspapiers den Besitz der Sache, wenn es dem Handelsvertreter ausgehändigt ist und ihn zur Verfügung legitimiert; es muß also entweder mit einem Blankoindossament versehen sein oder auf den Handelsvertreter lauten. Ist dies nicht der Fall, so hat der Handelsvertreter keinen Besitz an der Sache, sondern nur am Papier, bzw. an dem Recht auf Auslieferung des Gutes. Dadurch entsteht also auch kein Zurückbehaltungsrecht an der Sache, sondern lediglich an dem Dispositionspapier ²⁾).

Verliert der Handelsvertreter den Besitz, so geht das Zurückbehaltungsrecht damit zwar nicht immer unter ³⁾, wird aber gehemmt und kann daher nicht geltend gemacht werden, bis der Handelsvertreter den Besitz wieder erlangt hat.

Der Besitz beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht muß aber auch mit Willen des Unternehmers erlangt sein. Diese Bestimmung zieht dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht engere Grenzen als der § 273 BGB dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht ist ja nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Handelsvertreter den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat; das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dagegen kann auf Grund fehlerhaften Besitzes niemals ausgeübt werden. Selbst wenn keine verbotene Eigenmacht vorliegt, sondern das Gesetz die eigenmächtige Besitzentziehung gestattet, entsteht kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, weil

1) Staub, a.a.O. Anm. 28 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 8 zu § 369 HGB

2) Staub, a.a.O. Anm. 29 und 30 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 9 zu § 369 HGB

3) siehe im einzelnen Kapitel: Abwendung und Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

es am Willen des Unternehmers fehlt. Der Handelsvertreter kann daher auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts z.B. niemals eine Sache des Unternehmers zurückbehalten, die er im Wege erlaubter Selbsthilfe¹⁾ weggenommen hat²⁾, wohl aber ist dies nach bürgerlichem Zurückbehaltungsrecht möglich. Auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht muß es allerdings genügen, wenn der Unternehmer nachträglich sein Einverständnis erklärt³⁾. Dabei ist es nicht nötig, daß er seinen Willen ausdrücklich kundgibt, also ausdrücklich seine Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung zur Besitzerlangung erklärt, sondern dies kann auch stillschweigend erfolgen, oder sich aus den Umständen ergeben.

Bei Sachen des Unternehmers, die dieser dem Handelsvertreter übergibt, also bei Unterlagen, Waren, Kraftfahrzeug usw., wird stets der Wille zur Besitzübertragung vorhanden sein. Anders dagegen bei dem Unternehmer gehörenden Waren, deren Besitz der Handelsvertreter von einem Dritten übertragen bekommt. Wenn diese Waren ohne Zustimmung des Unternehmers übertragen wurden, entsteht daran nicht einmal dann ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, wenn der Handelsvertreter in gutem Glauben war. Hält sich also z.B. ein Untervertreter, der weder zur Entgegennahme von Zahlungen ermächtigt ist noch ein Auslieferungslager unterhält, irrtümlicherweise zur Übernahme von Kunden zurückgegebener Ware als bevollmächtigt, so kann er an diesen Waren kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Noch viel weniger entsteht natürlich ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Handelsvertreter von sich aus einen Dritten veranlaßt, bei sich lagernde, dem Unternehmer gehörige Waren an ihn herauszugeben, um sich

1) § 229 BGB

2) derselben Ansicht Schlegelberger, a.a.O. S.204;
Gross, a.a.O. S.27;
anderer Meinung Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.2 F zu § 369 HGB;
Schlegelberger, a.a.O. Anm. 26 zu § 369 HGB

3) ebenso Wolff, a.a.O. S.94; Gross, a.a.O. S.27;
Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.2 F zu § 369 HGB;
Schlegelberger, a.a.O. Anm. 26 zu § 369 HGB

dadurch eine Deckung für Forderungen gegenüber dem Unternehmer zu verschaffen¹⁾, weil es ja hier regelmäßig am Einverständnis des Unternehmers mit der Besitzergreifung durch den Handelsvertreter mangeln wird.

Wann der Handelsvertreter im allgemeinen als zur Entgegennahme zurückgegebener Waren berechtigt anzusehen ist, wird meistens aus den Umständen zu entnehmen sein. So wird man ein Einverständnis des Unternehmers an der Besitzerlangung des Handelsvertreters stets dann annehmen können, wenn dieser zur Entgegennahme von Zahlungen der Kunden berechtigt ist²⁾, ein eigenes Auslieferungslager führt³⁾ oder die Waren schon vorher in Besitz hatte. Hat also z.B. der Handelsvertreter ihm zur Auslieferung an den Kunden übersandte Waren diesem übergeben und der Kunde, der die Waren aus irgendwelchen Gründen dem Unternehmer wieder zur Verfügung stellen will, übergibt sie dem Handelsvertreter, so wird man auch hier ein Einverständnis des Unternehmers mit der Besitzerlangung anzunehmen haben⁴⁾. Anders, wenn der Unternehmer dem Kunden die Waren durch einen Spediteur zugesandt hat und der Kunde die Annahme verweigert. Hier ist der Handelsvertreter nicht berechtigt, sich die Waren vom Spediteur herausgeben zu lassen, da seine Vollmacht zur Empfangnahme von Waren nur das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmer, nicht aber das zwischen dem Unternehmer und dem Spediteur betrifft⁵⁾.

1) so auch Künigam, a.a.O. S.28

2) Staub, a.a.O. Anm.3 a zu § 86 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 6 zu § 86 HGB.
Anderer Ansicht Neufeld-Schwarz, a.a.O. Anm.3 zu § 86 HGB

3) In diesem Fall wird allerdings ein Zurückbehaltungsrecht häufig an der entgegenstehenden übernommenen Verpflichtung, die Waren auch zur Verfügung des Unternehmers zu halten, scheitern (siehe hierzu Kapitel: Zurückbehaltungsrecht am Auslieferungslager).

4) Verweigert der Kunde gleich die Annahme, so daß er also gar keinen Besitz an der Ware erlangt, so ist das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters sowieso gegeben, da dieser sich ja dann noch in dem ihm vom Unternehmer selbst willentlich übergebenen Besitz befindet.

5) Staub, a.a.O. Anm.3 a zu § 86 HGB

Das Einverständnis des Unternehmers zur Besitzerlangung muß noch im Augenblick des Entstehens des Zurückbehaltungsrechts des Handelsvertreters vorhanden sein. Hat also der Unternehmer eine mit seinem Willen in den Besitz des Handelsvertreters gelangte Sache vor dem Fälligwerden einer Forderung des Handelsvertreters zurückverlangt, ist dieser der Aufforderung zur Herausgabe aber nicht nachgekommen, so besitzt er im Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung nicht mehr mit Willen des Unternehmers, so daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht entstehen kann¹⁾. Ist das Zurückbehaltungsrecht jedoch einmal entstanden, so ist es selbstverständlich unerheblich, ob der Unternehmer noch mit dem Besitz des Handelsvertreters einverstanden ist, da er ja andernfalls das Zurückbehaltungsrecht jederzeit vernichten könnte.

Schließlich muß der Besitz auf Grund eines Handelsgeschäfts erlangt sein. Diese Voraussetzung ist bei im Besitz des Handelsvertreters befindlichen Sachen des Unternehmers immer gegeben, da der Besitz stets auf Grund des Handelsvertreter-Vertrages erlangt ist, der das Handelsgeschäft darstellt²⁾.

9. Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts = negative Voraussetzung

Ähnlich wie bei § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht nur dann entstehen kann, wenn sich aus dem Schuldverhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter nichts anderes ergibt, ist auch nach § 369 Abs. III HGB das Zurückbehaltungsrecht ausge-

- 1) derselben Ansicht: Staub, a.a.O. Anm. 26 zu § 369 HGB; Planitz, a.a.O. S. 13; Dantschow, a.a.O. S. 52; Leon, a.a.O. S. 23; Hendrichs, a.a.O. S. 33; Lohmann, a.a.O. S. 36; Gadow in RGR. Anm. 26 zu § 369 HGB. Ebenso anscheinend auch Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 2 F zu § 369 HGB, der den Widerruf des Willens nach Erwerb des Zurückbehaltungsrechts (also erst nach Fälligkeit!) für bedeutungslos erklärt.
- Anderer Meinung: Schlegelberger, a.a.O. Anm. 26 zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 8 zu § 369 HGB

- 2) siehe Kapitel: Beiderseitiges Handelsgeschäft.

schlossen, wenn die Zurückbehaltung der Weisung oder Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, widerspricht. Die Vorschrift des § 369 Abs. III HGB hat ihren Ursprung ebenso wie § 273 BGB in dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ebenso wie das Zurückbehaltungsrecht selbst ein Ausfluß des Gedankens von § 242 BGB ist, darf auch der Zurückbehaltende nicht gegen diese Grundsätze verstoßen. Hat sich der Handelsvertreter verpflichtet, mit den ihm anvertrauten Gegenständen in bestimmter Weise zu verfahren, so darf er nicht treuwidrig die geschäftlichen Erwartungen des Unternehmers umstoßen und die Sachen zur eigenen Sicherung verwenden.

Da jede Zurückbehaltung ihrem Wesen nach das Bestehen einer Herausgabepflicht voraussetzt, genügt es für die Annahme einer treuwidrigen Zurückbehaltung nicht, daß der Handelsvertreter dem Unternehmer nach dem Rechtsverhältnis, das dem Besitzerwerb zugrunde liegt, also nach dem Handelsvertreter-Vertrag, zur Rückgabe verpflichtet ist. Es muß vielmehr noch eine besondere Weisung des Unternehmers, bzw. Verpflichtung des Handelsvertreters hinzukommen. Besitzt der Handelsvertreter bereits eine fällige Gegenforderung, wegen derer er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen könnte, so muß die Weisung vor oder spätestens bei der Übergabe erteilt sein. Hat der Handelsvertreter einmal Besitz an der Sache erlangt, so kann durch die nachträgliche Weisung das Zurückbehaltungsrecht nur noch ausgeschlossen werden, wenn sich der Handelsvertreter ausdrücklich verpflichtet, sich an diese nachträglich erteilte Weisung zu halten. Ist dagegen die Forderung des Handelsvertreters bei Übergabe noch nicht fällig, so kann der Unternehmer auch nach Besitzerlangung durch den Handelsvertreter noch einseitige Anweisungen erteilen, und zwar bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters¹⁾. Da sich nämlich beim kaufmännischen Zurückbehalt-

1) so auch Schlegelberger, a.a.O. S.217; Kunigam, a.a.O. S.35. Anscheinend anderer Ansicht, ohne auf diese Frage einzugehen: Schlegelberger, a.a.O. Anm.31 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm. 40 zu § 360 HGB

tungsrecht im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht der Handelsvertreter im Zeitpunkt der Geltendmachung mit Willen des Unternehmers im Besitz der Sache befinden muß, die er zurückbehalten will, der Unternehmer es also bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters in der Hand hat, die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts durch Rückforderung des Gegenstandes zu verhindern, muß ihm diese Möglichkeit auch durch Erteilung von Anweisungen, wie mit dem Gegenstand zu verfahren ist, gegeben sein. Die stärkere Möglichkeit der Besitzentziehung¹⁾ muß auch die schwächere der Erteilung von Anweisungen in sich schließen. Während also der Unternehmer beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht nach Besitzergreifung durch den Handelsvertreter durch Erteilung von Anweisungen die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts nicht mehr verhindern kann, besteht diese Möglichkeit beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht noch bis zur Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters.

Außer bei Vorliegen einer besonderen Anweisung oder einer übernommenen Verpflichtung ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auch in den bereits beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht erwähnten Fällen ausgeschlossen²⁾; also im Falle des § 175 BGB, bei Vorleistungspflicht des Handelsvertreters, oder wenn durch die Zurückbehaltung der Sache dem Unternehmer ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde. Während aber an Gegenständen, die keinen Verkaufswert besitzen, ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht möglich ist, kann daran ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden, da sonst der Hauptzweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, nämlich das Befriedigungsrecht, illusorisch gemacht würde.

1) diese wird auch von Staub, a.a.O. Anm. 26 zu § 369 HGB und Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 8 zu § 369 HGB zugegeben.

2) siehe Kapitel: Grenzen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.

Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an Mustern wird daher in einem Großteil der Fälle auch dann ausgeschlossen sein, wenn die in der Übergabe der Muster liegende Anweisung, bzw. die vom Handelsvertreter übernommene Verpflichtung, die Muster bei den Kunden in Vorlage zu bringen, weggefallen oder erledigt ist. Aus demselben Grunde, nämlich wegen der mangelnden Befriedigungsmöglichkeit, ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht auch grundsätzlich an solchen Gegenständen, deren Verwertung eine Verletzung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses darstellen würde, nicht gegeben. Zwar würde eine Zurückbehaltung von Kunden- und Preislisten nicht gegen § 90 HGB verstoßen, da durch die Zurückbehaltung allein ja noch keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht eintritt; es kann daher ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht durchaus gegeben sein. Wohl aber würde dies bei der Verwertung dieser Listen der Fall sein, so daß eine solche nicht möglich ist¹⁾. Da ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht demnach in diesen Fällen nicht zu einer Befriedigung führen kann, ist seine Geltendmachung ausgeschlossen.

Trotz Vorliegens einer besonderen Anweisung des Unternehmers oder der Übernahme der Verpflichtung durch den Handelsvertreter, in bestimmter Weise mit den Gegenständen zu verfahren, steht dem Handelsvertreter ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht in den Fällen des § 370 HGB zu, wenn also über das Vermögen des Unternehmers der Konkurs eröffnet ist, der Unternehmer seine Zahlungen eingestellt hat, oder wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Unternehmers ohne Erfolg versucht ist. Über den Zweck und die Voraussetzungen dieses sogenannten Notzurückbehaltungsrechts im einzelnen wurden bereits oben²⁾ Ausführungen gemacht. Bei Vorliegen einer besonderen Anweisung oder Über-

1) Würdinger in RGR-Komm. Anm. 3 zu § 88 a HGB

2) siehe Kapitel: Fälligkeit beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht.

nahme einer Verpflichtung kann es der Handelsvertreter jedoch nur dann geltend machen, wenn er zur Zeit der Erteilung der Anweisung oder Übernahme der Verpflichtung von der durch die genannten Tatsachen dargelegten Unsicherheit des Unternehmers nichts wußte¹⁾. Entscheidend ist allein seine Kenntnis, wobei Kennenmüssen dem Kennen nicht gleichsteht²⁾. Fehlt diese Kenntnis, so kann er ein Zurückbehaltungsrecht auch dann ausüben, wenn die Gegenstände erst nach erfolgter Zahlungseinstellung in seinen Besitz gelangt sind³⁾. Verpflichtet er sich dagegen ausdrücklich oder stillschweigend, die vom Unternehmer bezüglich der übergebenen Gegenstände erteilten Weisungen zu befolgen, obwohl ihm dessen Unsicherheit bekannt ist, dann liegt kein Anlaß vor, ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren. Er hat dann selbst darauf verzichtet, sich aus den Waren seines unsicheren Auftraggebers zu befriedigen⁴⁾.

-
- 1) Schlegelberger, a.a.O. Anm.1 zu § 370 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.2 zu § 370 HGB;
Schlegelberger, a.a.O. S.231
 - 2) Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 3 zu § 370 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.5 zu § 370 HGB
 - 3) RGZ Band 12 S.91
 - 4) Staub, a.a.O. Anm.3 zu § 370 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.5 zu § 370 HGB;
Leon, a.a.O. S.47

C. Wirkungen

1. Zurückbehaltungsbefugnis

Der Handelsvertreter hat einmal das Recht, die Zurückbehaltungseinrede gegen den Anspruch des Unternehmers auf Herausgabe der zurückbehaltenen Sache geltend zu machen. Die materiellen Wirkungen sind dieselben wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht. Es wird also auch durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kein dingliches Recht begründet, sondern nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Besitz der Sache und allerdings zusätzlich noch eine schuldrechtliche Befugnis zur Befriedigung¹⁾. Dritten gegenüber kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, wenn die Einwendungen gegen den Anspruch des Unternehmers auf Herausgabe auch dem Dritten gegenüber bestehen, also in den bereits beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht erwähnten Fällen²⁾. Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht, wo dies nur bei einer Zurückbehaltung wegen Verwendungen auf den Gegenstand der Fall ist³⁾, geht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auch Pfändungspfandrechten vor⁴⁾. Will also ein Dritter die im Besitz des zurückbehaltungsberechtigten Handelsvertreter befindlichen Sachen pfänden lassen, so hat der Handelsvertreter das Recht, nach § 809 ZPO die Herausgabe zu verweigern und damit die Pfändung zu vereiteln. Wird die Pfändung trotzdem vorgenommen, so kann er entweder Erinnerung nach § 766 ZPO einlegen oder sein Recht durch Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO geltend machen. Diese Möglichkeit ist ihm auch dann gegeben, wenn die Pfändung einer sich in seinem mittelbaren Besitz

1) siehe nächstes Kapitel: Befriedigungsrecht

2) siehe Kapitel: Wirkungen Dritten gegenüber beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht

3) § 804 Abs.II ZPO in Verbindung mit § 49 Abs.I Nr.3 KO

4) § 804 Abs.II ZPO in Verbindung mit § 49 Abs.I Nr.4 KO

befindlichen Sache bei dem unmittelbaren Besitzer vorgenommen wird. Gegebenenfalls kann der Handelsvertreter auch Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös nach § 805 ZPO erheben, wobei es nicht nötig ist, sich erst einen vollstreckbaren Schultitel für sein Recht auf Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache zu verschaffen.

Auch die prozessualen Wirkungen der Geltendmachung der Zurückbehaltungseinrede sind weder im HGB noch in der ZPO besonders geregelt. Sie sind ebenfalls dieselben wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht. Der Unternehmer wird mit seinem Anspruch auf Herausgabe nicht abgewiesen, sondern es erfolgt Verurteilung des Handelsvertreters zur Herausgabe der zurückbehaltenen Sache Zug um Zug gegen Bewirkung der ihm gebührenden Leistung.

2. Befriedigungsrecht

Entsprechend den strengeren Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sind auch seine Wirkungen wesentlich weitergehend als die des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts. Der Handelsvertreter hat nämlich das Recht, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstand für seine Forderung zu befriedigen¹⁾. Darin liegt auch der wesentliche Unterschied zwischen dem bürgerlichen und dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. Dieses Recht zur Befriedigung ist der eigentliche materielle Inhalt und das Endziel des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Es gleicht hierin dem Pfandrecht, und die Art der Befriedigung folgt daher auch den pfandrechtlichen Vorschriften²⁾. Nach § 371 HGB hat der Handels-

1) § 371 Abs.I Satz 1 HGB

2) § 371 Abs.II HGB

vertreter zwei Möglichkeiten sich zu befriedigen, sofern seine Forderung gem. § 1228 Abs. II BGB in eine Geldforderung übergegangen ist, wenn sie nicht schon in einer solchen bestanden hat:

Einmal kann er seine Forderung gegen den Unternehmer einklagen und auf Grund des auf Zahlung lautenden Schuldtitels die zurückbehaltene Sache gem. §§ 808, 831 ZPO pfänden und verwerten lassen. Die Zulässigkeit dieser Art der Vollstreckungsbefriedigung ist selbstverständlich und hätte daher in § 371 Abs. III HGB gar nicht mehr erwähnt zu werden brauchen. Theoretisch könnte der Handelsvertreter auf Grund seines Titels auch die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Unternehmers betreiben; praktisch wird diese Möglichkeit jedoch ausscheiden, da der Unternehmer gem. §§ 766, 777 ZPO widersprechen und den Handelsvertreter auf die zurückbehaltene Sache verweisen kann, soweit die Forderung durch den Wert dieser Sache gedeckt ist. Im Falle des Notzurückbehaltungsrechts gem. § 370 Abs. I HGB ist dieser Weg ausgeschlossen, da die Forderung bei der Vollstreckungsbefriedigung immer fällig sein muß ¹⁾.

Der Handelsvertreter kann sich aber auch nach den Vorschriften des BGB über den Pfandverkauf aus der zurückbehaltenen Sache befriedigen. Hierzu ist im Gegensatz zum vertraglichen oder gesetzlichen Pfandrecht stets ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Unternehmer nötig. Gegen eine Vereinbarung, daß die Sache nach Fälligkeit der zu sichernden Forderung des Handelsvertreters ohne Erwirkung eines Vollstreckungstitels wie beim Pfandverkauf außergerichtlich veräußert werden kann, bestehen jedoch keine Bedenken ²⁾. Diese Vereinbarung kann auch stillschweigend ge-

1) so auch Schlegelberger, a.a.O. Anm. 4 zu § 371 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 10 zu § 371 HGB

2) Wolff, a.a.O. S. 112; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 6 zu § 371 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 5 zu § 371 HGB;
anderer Ansicht: Staub, a.a.O. Anm. 28 zu § 371 HGB

troffen werden, wenn z.B. der Handelsvertreter dem Unternehmer anzeigt, daß er die zurückbehaltenen Waren zu veräußern beabsichtige und der Unternehmer hierauf schweigt¹⁾. Die Klage kann nicht nur bei dem Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Unternehmers, sondern auch bei dem, in dessen Bezirk der Handelsvertreter seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand seiner eigenen Niederlassung hat, erhoben werden²⁾. Sie richtet sich auf die Verurteilung des Beklagten, dem Kläger zu gestatten, sich wegen seiner Forderung aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen³⁾. Der Vollstreckungstitel soll das Recht zur Verwertung erst schaffen. Es handelt sich daher nicht um eine Leistung- oder Feststellungsklage, sondern um eine Gestaltungsklage⁴⁾. Diese wird gegen den Unternehmer als Eigentümer gerichtet und stützt sich im Gegensatz zur Vollstreckungsbefriedigung auf das Zurückbehaltungsrecht selbst⁵⁾, da dieses dem Handelsvertreter das Befriedigungsrecht ohne weiteres gewährt. Das Recht des Handelsvertreters zur Zurückbehaltung der Sache und das Recht zur Befriedigung aus dieser Sache sind derart voneinander abhängig, daß das eine nicht ohne das andere entstehen kann⁶⁾.

Da der Eigentümer des zurückbehaltenen Gegenstandes wechseln kann, wäre die praktische Bedeutung des Zurückbehaltungsrechts gemindert, wenn der Handelsvertreter vor der Verwertung erst genau die Eigentumslage prüfen müßte. Gem. § 372 HGB gilt daher der Unternehmer in Ansehung der

1) Urteil des LG Berlin vom 19.9.1952 - AZ 65 D/169/52; abgedruckt als Nr.39 der Entscheidungen und Gutachten des Forschungsverbandes für den Handelsvertreter- und Handelsmakler Beruf.

2) § 371 Abs.IV HGB

3) Schlegelberger, a.a.O. Anm.8 zu § 371 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.11 zu § 371 HGB

4) Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.4 zu § 371 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm.8 zu § 371 HGB

5) Schlegelberger, a.a.O. Anm.7 zu § 371 HGB

6) Wolff, a.a.O. S. 99

Befriedigung als Eigentümer, auch wenn er das Eigentum an der zurückbehaltenen Sache nach Besitzerlangung durch den Handelsvertreter verloren hat. Dies ist allerdings nur solange der Fall, als der Handelsvertreter nichts davon weiß, daß der Unternehmer nicht mehr Eigentümer ist. Sofern der neue Eigentümer das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nach § 369 Abs.II HGB überhaupt gegen sich gelten lassen muß¹⁾, kann der Handelsvertreter auf Grund des § 372 HGB die im Verwertungsverfahren nötigen Benachrichtigungen²⁾ wie z.B. Benachrichtigung des Unternehmers von Ort und Zeit der Versteigerung²⁾ - an den früheren Eigentümer, also an den Unternehmer richten, ohne dadurch dem neuen Eigentümer ersatzpflichtig zu werden. Außerdem muß der neue Eigentümer ein rechtskräftiges Urteil gegen sich gelten lassen, wenn der Handelsvertreter bei Rechtshängigkeit den Eigentumswechsel nicht kannte. Der Handelsvertreter braucht also kein neues Urteil auf Gestattung der Befriedigung gegen den neuen Eigentümer zu erwirken, sondern er kann gem. § 727 ZPO sich die Vollstreckungsklausel gegen ihn als Rechtsnachfolger erteilen lassen. § 372 Abs.II HGB dehnt also den § 325 ZPO aus, der eine Rechtskraftwirkung nur bei Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtshängigkeit zuläßt.

Hat der Handelsvertreter einen Vollstreckungstitel erwirkt, so erfolgt die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB. Der Handelsvertreter hat gem. § 1233 BGB die Wahl, ob er den Verkauf nach den Vorschriften des BGB über den Pfandverkauf, oder nach den Vorschriften der ZPO über den Verkauf einer gepfändeten Sache vornehmen lassen will. Nach §§ 1235, 1221 BGB ist der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung oder - wenn die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat - aus freier Hand

1) siehe Kapitel: Wirkungen Dritten gegenüber beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht.

2) §§ 1234, 1237, 1247, 1241 BGB

durch einen hierzu öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis zu bewirken. Hatte der Unternehmer einer anderweitigen Verwertung, z.B. im Wege des freihändigen Verkaufs durch den Handelsvertreter ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt, so ist der Handelsvertreter auch zum Selbstverkauf berechtigt.¹⁾ Er ist jedoch in jedem Fall verpflichtet, dem Unternehmer den Verkauf gem. § 371 Abs. II HGB eine Woche vorher anzudrohen. Der Verkauf nach der ZPO geschieht durch den Gerichtsvollzieher gem. §§ 806, 814 ff ZPO und zwar auf Grund des erwirkten Titels ohne besondere Pfändung. Liegt kein vollstreckbarer Schuldtitel vor, so ist die Veräußerung des zurückbehaltenen Gegenstandes nicht rechtmäßig, wenn nicht der Handelsvertreter auf Grund einer Vereinbarung zur Verwertung ohne Titel befugt war. Der Erwerber kann Eigentum kraft guten Glaubens erlangen²⁾. Die Folgen für den Handelsvertreter sind dieselben, wie wenn jemand sonst die ihm obliegenden Pflichten verletzt oder Rechte überschreitet. Er haftet auf Ersatz des dem Unternehmer durch den rechtswidrigen Verkauf entstandenen Schadens³⁾. Ein solcher ist allerdings nicht vorhanden, wenn die Veräußerung zwar ohne vollstreckbaren Titel, aber doch sachgemäß erfolgt ist.

Für die Befriedigung aus zurückbehaltenen Wertpapieren ist zu unterscheiden, um welche Art von Papieren es sich handelt. Inhaberpapiere werden gem. § 1293 nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen verwertet. Außerdem kann der Handelsvertreter die ihnen zu-

1) Urteil des LG Berlin vom 19.9.1952; abgedruckt a.a.O.

2) Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 4 c zu § 371 HGB; Gadow in RGR. Anm. 11 zu § 371 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm. 12 zu § 371 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 5 zu § 371 HGB

3) Schlegelberger, a.a.O. Anm. 12 zu § 371 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 5 zu § 371 HGB

grunde liegende Forderung einziehen¹⁾). Bei Dispositionspapieren, die durch Indossament übertragen werden können, ist der Handelsvertreter berechtigt, sich aus der Ware zu befriedigen, wenn die Papiere auf seine Order lauten. Ist dies nicht der Fall, so kann er sich nur aus den Papieren befriedigen²⁾.

3. Einfluß des Konkurses des Unternehmers

Der Konkurs des Unternehmers beeinträchtigt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters in keiner Weise, sofern es bei Eröffnung des Konkurses bereits bestanden hat oder spätestens mit Konkurseröffnung zur Entstehung gelangt ist. Es müssen also alle Voraussetzungen für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vorgelegen haben, jedoch gem. § 370 HGB mit Ausnahme der Fälligkeit und der sogenannten negativen Voraussetzungen, d.h., das Vorliegen bestimmter Anweisungen oder die Übernahme einer Verpflichtung hindert die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nicht. Diese Bestimmung des § 370 HGB ist gerade für den Handelsvertreter von besonderer Bedeutung; denn er wird regelmäßig bei Konkurseröffnung Provisionsforderungen an den Unternehmer haben, die jedoch gem. § 87 c HGB noch nicht fällig sind. Außerdem hat er nunmehr auch ein unbeschränktes Zurückbehaltungsrecht an Mustern, am Auslieferungslager und an den sonstigen Sachen des Unternehmers, die mit dessen Willen vor der Konkurseröffnung in seinen Besitz gelangt sind. Nach der Konkurseröffnung verliert der Unternehmer das Recht, über sein Vermögen zu verfügen³⁾.

1) § 1294 BGB

2) Staub, a.a.O. Anm. 24 bis 26 zu § 371 HGB;
Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 6 b zu § 371 HGB

3) Eine Verfügung des Gemeinschuldners über sein Vermögen ist gem. § 7 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

Im Gegensatz zu dem allgemeinen Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das dem Handelsvertreter nur in dem Sonderfall des § 49 Nr.3 KO - wenn er also nützliche Verwendungen auf die zurückbehaltene Sache gemacht hat - ein Absonderungsrecht gibt, erhält er durch ein zur Zeit der Konkurseröffnung bereits entstandenes oder durch sie entstehendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht auf Grund der §§ 48, 49 Nr.4 KO stets ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Da die Vorschrift des § 371 Abs.III HGB, wonach der Handelsvertreter einen auf Zulassung der Befriedigung lautenden, vollstreckbaren Titel erlangt haben muß, wenn er nicht die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung wählt, nicht gleichbedeutend ist mit einem gerichtlichen Verfahren, wie es § 127 Abs.II KO im Auge hat¹⁾, ist der Handelsvertreter nicht zur Herausgabe an den Konkursverwalter nach § 127 Abs.I KO verpflichtet²⁾. Er kann vielmehr die Sache auch dem Konkursverwalter gegenüber zurückbehalten und sich außerhalb des Konkurses befriedigen. Allerdings muß er dem Konkursverwalter den Besitz der zurückbehaltenen Sache anzeigen und die Forderung anmelden, für welche er abgesonderte Befriedigung verlangt³⁾; andernfalls haftet er für den aus der Unterlassung der Anzeige entstehenden Schaden⁴⁾. Der Grund dieser Verpflichtung liegt in der Notwendigkeit, dem Konkursverwalter mit Rücksicht auf die übrigen Konkursgläubiger eine gewisse Beaufsichtigung der Befriedigung aus den abgesonderten Gegenständen zuteil werden zu lassen. Aus demselben Grunde ist der Handelsvertreter auch verpflichtet, dem Verwalter die Sache auf Verlangen zur Ansicht vorzulegen und deren Abschätzung zu gestatten⁵⁾. Das Konkursgericht kann dem Handelsvertreter

1) Jaeger, a.a.O. Anm.10 zu § 47 KO

2) Staub, a.a.O. Anm. 59 zu § 369 HGB

3) § 118 KO

4) § 119 KO

5) § 120 KO

Zu Anm. 2 bis 5 siehe auch Jaeger, a.a.O. Anm.10 zu §.47 KO

auf Antrag des Verwalters eine Frist setzen, binnen welcher er sich aus dem Gegenstand zu befriedigen hat. Bei der Fristbestimmung ist zu berücksichtigen, ob der Handelsvertreter bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt¹⁾. Ist dies der Fall, so muß er ihn nicht gem. § 727 ZPO gegen den Konkursverwalter umschreiben lassen, sondern kann aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung gegen den Konkursverwalter beginnen bzw. fortsetzen²⁾. Besitzt er ihn bei Eröffnung des Konkurses noch nicht, so ist die Klage auf Gestattung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand gegen den Konkursverwalter zu richten³⁾. Läßt der Handelsvertreter die ihm gesetzte Frist fruchtlos verstreichen, so kann der Konkursverwalter die zurückbehaltene Sache ohne Sicherheitsleistung herausverlangen und die Verwertung gem. § 127 Abs. I KO betreiben. Aus dem erzielten Erlös kann sich der Handelsvertreter befriedigen; einen Mehrerlös muß er der Konkursmasse zur Verfügung stellen. Reicht der Erlös dagegen zur Befriedigung seiner Forderung nicht aus, so hat er für den Restbetrag eine gem. § 64 KO nicht vorzugsberechtigte Konkursforderung. Gehört der Handelsvertreter zu dem Personenkreis, für den nach § 92 a HGB die untere Grenze der vertraglichen Leistungen des Unternehmers festgesetzt werden kann und stehen ihm, oder haben ihm während der letzten 6 Monate des Vertragsverhältnisses - bei kürzerer Vertragsdauer während dieser - im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 500.-DM an Vergütung einschließlich Provision und Ersatz für im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandene Aufwendungen zugestanden, so ist er auch für den durch die Verwertung der

-
- 1) Ein solcher muß bei Konkurseröffnung noch nicht vorhanden sein (Düringer-Hachen, a.a.O. Anm. 10 zu § 371 HGB).
 - 2) Jaeger, a.a.O. Anm. 35 zu § 6 KO; Anm. 10 zu § 14 KO und Anm. 10 zu § 47 KO; Gadow in RGR-Kom. Anm. 59 zu § 369 HGB.
Anderer Ansicht Schlegelberger, a.a.O. An. 43 zu § 369 HGB
 - 3) Jaeger, a.a.O. Anm. 10 zu § 47 KO; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 16 zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm. 59 zu § 369 HGB

zurückbehaltenen Sache nicht gedeckten Rest insoweit bevorzugt, als seine Forderung gem. § 61 Abs.I KO an erster Stelle rangiert¹⁾. Überschießende Forderungen von Handelsvertretern, die nicht zu diesem Personenkreis gehören, fallen unter § 61 Ziff. 6 KO.

Unter Umständen kann das Zurückbehaltungsrecht im Wege der Anfechtung nach den §§ 29 ff KO aufgehoben werden, wenn entweder die Forderung erst in der kritischen Zeit des § 30 KO entstanden oder aber der Besitz erst während dieser Zeit auf den Handelsvertreter übergegangen ist. Das Zurückbehaltungsrecht selbst kann nicht angefochten werden, weil es keine Rechtshandlung im Sinne des § 29 KO darstellt²⁾; dagegen sind die dem Zurückbehaltungsrecht zugrunde liegenden Voraussetzungen anfechtbar. Durch Anfechtung dieser Rechtshandlungen wird im Ergebnis aber auch das Zurückbehaltungsrecht angefochten³⁾

Hat der Unternehmer bei bereits bestehender Forderung des Handelsvertreters diesem erst in der kritischen Zeit den Besitz verschafft, so ist diese Verschaffung des Besitzes anfechtbar. Da das Zurückbehaltungsrecht keinen Anspruch gewährt, sondern nur eine Befugnis selbst zu handeln, und der Handelsvertreter daher keinen Anspruch auf die zur Entstehung der Sicherung erforderliche Schuldner Tätigkeit hat⁴⁾, stellt sich die gewährte Sicherung als eine inkongruente dar und unterliegt daher sogar der verschärften Anfechtbar-

1) § 61 Nr.1 KO wurde neu gefaßt durch das Gesetz zur Änderung des HGB. Da der Handelsvertreter-Vertrag kein Abhängigkeitsverhältnis begründet, das der Ausdruck "verdingen" in § 61 Nr.1 KO voraussetzt, kam das Vorrecht dieses Paragraphen vor Einführung des Gesetzes zur Änderung des HGB für den Handelsvertreter wegen seiner Provisionsforderungen nicht in Betracht (vgl. Jaeger, a.a.O. Anm.14 und 14 a zu § 61 KO).

2) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.16 a zu § 369 HGB

3) Jaeger, a.a.O. Anm. 30 I,1 zu § 30 KO; Staub, a.a.O. Anm.61 zu § 369 HGB

4) Jaeger, a.a.O. Anm.54 zu § 30 KO

keit des § 30 Ziff.2 KO¹⁾. Dasselbe gilt auch für eine in der kritischen Zeit zur Abwendung der Zwangsbeitreibung bestellten Sicherheit, selbst wenn sie auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgt ist. Denn dieser erzeugt nicht einmal dann einen Anspruch auf Sicherheit, wenn ihn der Handelsvertreter für eine unanfechtbare Forderung noch vor der kritischen Zeit erlangt hatte, sondern er eröffnet dem Handelsvertreter nur die verfahrensrechtliche Möglichkeit, Sicherung und Befriedigung zu erzwingen²⁾.

Hatte der Handelsvertreter die zurückbehaltene Sache bereits vor der kritischen Zeit in Besitz und erwirbt er nunmehr eine Forderung gegen den Unternehmer, so kann der die Forderung begründende Rechtsakt angefochten werden³⁾, z.B. deshalb, weil der die Provisionsforderung begründende Verkauf der Waren im Einverständnis des Unternehmers unter Wert vorgenommen worden ist⁴⁾. Allerdings kommt hier nicht die verschärfte Anfechtbarkeit nach § 30 Ziff.2 KO in Betracht, sondern nur eine Anfechtung auf Grund des § 30 Ziff. 1 KO⁵⁾.

Das Recht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts und damit die Geltendmachung eines Absonderungsrechts gem. § 369 Abs. IV HGB abzuwenden, bleibt vom Konkurs unberührt. Nur ist jetzt nicht mehr der Unternehmer, sondern ausschließlich der Konkursverwalter zur Sicherheitsleistung berechtigt. An dieser Sicherheit entsteht für den Handelsvertreter ein Absonderungsrecht nach § 233 BGB in Verbindung mit § 49 Abs. I Nr. 2 KO.

1) vgl. hierzu und zum Folgenden Leon, a.a.O. S. 38 ff.

2) Jaeger, a.a.O. Anm. 55 zu § 30 KO

3) Staub, a.a.O. Anm. 61 zu § 369 HGB

4) Jaeger, a.a.O. Anm. 25 zu § 30 KO

5) Jaeger, a.a.O. Anm. 30 I, 1 zu § 30 KO

D. Abwendung und Beendigung

Ebenso wie das bürgerliche kann auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden, wobei auch hier die Stellung eines Bürgen nicht ausreicht. Für die Höhe und den Zeitpunkt der Sicherheitsleistung gilt das bereits beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht Ausgeführte.

Die Beendigung tritt beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ebenso ein wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht, also durch Untergang der Forderung infolge Erfüllung, Aufrechnung, Konfusion, Hinterlegung, Erlaß oder Verzicht, durch Übertragung der Forderung, wenn das Zurückbehaltungsrecht nicht mitübertragen wird, durch Wegfall der Fälligkeit und durch den Untergang der Sache. Während aber das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Unternehmers erlischt¹⁾, ist dies beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht keineswegs der Fall, vielmehr kann ein solches bei Konkurseröffnung sogar unter erleichterten Bedingungen entstehen²⁾. Dagegen hat das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht seinen Endzweck erfüllt und ist für immer erledigt, wenn sich der Handelsvertreter aus dem Zurückbehaltungsobjekt befriedigt hat.

Bestritten ist die Frage, inwieweit das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht durch den Verlust des Besitzes erlischt. Nach den Motiven³⁾ soll es mit dem tatsächlichen, selbst unfreiwilligen Aufhören der Innehaltung erlöschen. Wie ich bereits oben⁴⁾ erörtert habe, ist unmittelbarer Besitz des zurückbehaltenen Gegenstandes durch den Han-

1) siehe Kapitel: Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Unternehmers

2) siehe Kapitel: Einfluß des Konkurses des Unternehmers auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht

3) Motive, a.a.O. Band II S.43

4) siehe Kapitel: Besitz und Besitzerlangung des Handelsvertreters

delsvertreter keine zwingende Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. Es ist daher nicht auf die Innehabung des Gegenstandes, sondern auf die Verfügungsmöglichkeit abzustellen. Richtig ist, daß das Zurückbehaltungsrecht untergeht, wenn der Handelsvertreter ohne Kenntnis seines Zurückbehaltungsrechts an den Unternehmer leistet. Hier verleiht das Gesetz dem Handelsvertreter auf Grund des Zurückbehaltungsrechts keinen Anspruch auf Rückgewährung. Der Handelsvertreter wird von seiner Verpflichtung zur Leistung frei, so daß es an einer grundlegenden Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts fehlt. Auch wenn der Handelsvertreter sonst nicht mehr in der Lage ist, eine Besitzergreifung der Sachen durch den Unternehmer zu verhindern, geht sein Zurückbehaltungsrecht unter. Anders dagegen, wenn zwar der Handelsvertreter die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit verliert, ohne daß gleichzeitig der Unternehmer den Besitz erlangt. Dann ist darauf abzustellen, ob der Handelsvertreter den Besitz freiwillig aufgegeben oder ohne seinen Willen verloren hat. Bei freiwilliger Besitzaufgabe erlischt das Zurückbehaltungsrecht und lebt auch nicht wieder auf, wenn der Handelsvertreter den Besitz wieder erlangt, es sei denn, daß alle Erfordernisse eines neu entstehenden Zurückbehaltungsrechts gegeben sind¹⁾. Hat er dagegen die Verfügungsgewalt ohne seinen Willen verloren, so ist das Zurückbehaltungsrecht nur gehemmt und lebt wieder auf, wenn der Handelsvertreter wieder in den Besitz der Sache gelangt²⁾. Zwar kann der Handelsvertreter demjenigen gegenüber, der ihm die Sache entzogen hat, keine Ansprüche aus § 823 BGB herleiten, da

1) Hier handelt es sich dann allerdings nicht mehr um das alte, sondern ein neu entstandenes Zurückbehaltungsrecht.

2) ebenso Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.14 a zu § 369 HGB; Staub, a.a.O. Anm.39 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm.44 zu § 369 HGB; Planitz, a.a.O. S.23; anderer Ansicht Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.1 c zu § 369 HGB, nach dem auch bei unfreiwilligem Besitzverlust das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr aufleben kann.

ja keine dinglichen Beziehungen bestehen; dagegen wird er sich unter Umständen mit der Klage aus §§ 861, 862, 1007 BGB wieder den Besitz verschaffen können. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Besitz analog § 940 Abs.II BGB binnen Jahresfrist oder mittels einer binnen dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt wird¹⁾. Zwar ist es richtig, den Grundgedanken des § 940 Abs.II BGB zur Begründung dafür heranzuziehen, daß das Zurückbehaltungsrecht bei unfreiwilligem Besitzverlust nach erneuter Besitzergreifung wieder auflebt; es ist jedoch zu berücksichtigen, daß an die Ersetzung strengere Anforderungen gestellt werden müssen, da der Besitzer dadurch in Widerspruch zu den bestehenden Rechtsverhältnissen auf Kosten des Eigentümers ein neues Recht erwerben soll, während es sich beim Zurückbehaltungsrecht um die Erhaltung eines bereits bestehenden Rechtes handelt²⁾.

Wurde dem Handelsvertreter der Besitz der Sache durch die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils entzogen, weil er die Zurückbehaltungseinrede in der 1.Instanz nicht vorgebracht hat, so ist sein Zurückbehaltungsrecht damit untergegangen; er hat ja dann den Besitz praktisch freiwillig aufgegeben³⁾. Anders, wenn er die Zurückbehaltungseinrede zwar erhoben hatte, diese aber vom Gericht z.B. nach § 279 ZPO zurückgewiesen worden war; hier hat er lediglich dem staatlichen Vollstreckungszwang Folge geleistet, ohne damit auf irgendwelche Rechte verzichten zu wollen. Bei Anerkennung seiner Einrede in 2.Instanz hat er zwar keinen An-

1) so Wolff, a.a.O. S.33

2) so auch Petersen, a.a.O. S.22

3) anderer Ansicht Petersen, a.a.O. S.20, der die Zurückbehaltungseinrede in 2.Instanz auch dann geben will, wenn sie in 1.Instanz nicht vorgebracht wurde.

spruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 717 Abs.II ZPO zwecks Ausübung des Zurückbehaltungsrechts¹⁾, aber das Urteil wird dahingehend abzuändern sein, daß der Unternehmer das auf Grund des Urteils an ihn Geleistete an den Handelsvertreter zurückzugewähren hat, falls er nicht die Leistung bewirkt, die dieser mit dem von ihm geltend gemachten Gegenanspruch verlangt²⁾.

1) dieser Meinung Kunigam, a.a.O. S.27

2) derselben Ansicht Bendix in Jur. Wochenschrift 1915, S. 693;
Dantschow, a.a.O. S.36

V. VERTRAGLICH VEREINBARTES ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT

Das Zurückbehaltungsrecht des BGB ist kein absolutes oder zwingendes Recht, sondern vielmehr dispositives, nachgiebiges Recht und kann daher durch die Parteien beliebig gestaltet werden. Aus dem Grundsatz der völligen Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht, ergibt sich, daß neben den gesetzlich festgelegten Fällen des Zurückbehaltungsrechts auch vertragliche Zurückbehaltungsrechte begründet werden können¹⁾. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht um zwingendes Recht, das durch Parteiwillen nicht begründet werden kann²⁾. Dies ergibt sich daraus, daß ein Recht auf Befriedigung gem. § 371 HGB vertraglich nicht eingeräumt werden kann³⁾. Es ist zwar richtig, daß der Gläubiger nicht gezwungen ist, sich aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen; er kann sich auch auf die Zurückbehaltung beschränken. Es muß jedoch verlangt werden, daß ihm zumindestens die Befriedigungsmöglichkeit offensteht. Wenn diese von vornherein fehlt - wie dies bei einem vertraglich vereinbarten Zurückbehaltungsrecht der Fall ist - so fehlt eben ein ausschlaggebendes Wesensmerkmal des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, so daß von einem solchen überhaupt nicht gesprochen werden kann⁴⁾. Wird daher ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht

-
- 1) allgemeine Meinung und st.Rspr. z.B. : RGZ Band 16, S.172; RGZ Band 51, S.87; RGZ Band 66, S.27; Soergel, a.a.O. Anm.9 zu § 273 BGB; Planck, a.a.O. Anm.1 b zu § 273 BGB; Oertmann, a.a.O. Anm.9 zu § 273 BGB; Schollmeyer, a.a.O. Vorbemerkung zu § 273 BGB
 - 2) Planitz, a.a.O. S.14 und S.33 Anm.16; anderer Ansicht die herrschende Meinung z.B.: Staub, a.a.O. Anm.16 zu § 369 HGB; Baumbach-Duden, a.a.O. Anm. 1 D zu § 369 HGB; Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm. 21 zu § 369 HGB; Schlegelberger, a.a.O. Anm.28 zu § 369 HGB
 - 3) Baumbach-Duden, a.a.O. Anm.1 B zu § 369 HGB; anderer Ansicht Düringer-Hachenburg, a.a.O. Anm.21 zu § 369 HGB
 - 4) die von den Kommentaren zur Begründung ihrer gegenteiligen Meinung angeführten RG-Entscheidungen - RGZ Band 66,

zwischen Handelsvertreter und Unternehmer vereinbart, so ist es nie mit der pfandrechtsartigen Wirkung des kaufmännischen, sondern stets nur mit der schwächeren Wirkung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts ausgestattet ¹⁾.

Durch Vertrag kann auch kein dingliches Zurückbehaltungsrecht geschaffen werden, da das BGB nur ein obligatorisches kennt ²⁾ und der Kreis der dinglichen Rechte nach dem BGB ein bestimmt begrenzter ist, der durch Vereinbarung der Parteien nicht erweitert werden kann ³⁾.

Die Parteien können die für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht bestehenden Voraussetzungen verschärfen, indem sie etwa die Geltendmachung desselben von dem weiteren Erfordernis der Liquidität der beiderseitigen Forderungen abhängig machen, oder sie können die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts erleichtern, indem sie von einem Erfordernis des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts, z.B. dem der Fälligkeit, absehen. Durch Vertrag kann ein Zurückbehaltungsrecht auch in Bezug auf eine fremde Sache bestellt werden; es begründet dann aber nur ein Schuldverhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter und hat dem dinglich Berechtigten gegenüber keine Wirkung ⁴⁾. Eine Voraussetzung muß jedoch auch beim vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrecht stets vorliegen, nämlich das Gegenüberstehen zweier Ansprüche, da andernfalls von einer Zurückbehaltung überhaupt keine Rede sein kann und die vertragsmäßige Abrede auch kein Recht zu dieser schaffen kann ⁵⁾.

S.27, RGZ Band 68, S.27 und RGZ Band 118, S.252 - behandeln sämtliche nur vertraglich begründete bürgerliche, nicht aber kaufmännische Zurückbehaltungsrechte.

1) Seidel, a.a.O. S.85

2) Schlegelberger, a.a.O. S.81; Soergel, a.a.O. Anm.9 zu § 273 BGB; RGZ Band 51, S.86 im Gegensatz zu früheren Entscheidungen.

3) RGZ Band 66, S.26

4) Soergel, a.a.O. Anm.9 zu § 273 BGB

5) Seidel, a.a.O. S.86

VI. VERZICHT AUF ZURÜCKBEHALTUNGSRECHTE

Auf die dem Handelsvertreter zustehenden gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte, also das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 369 ff HGB kann dieser nach § 88 a HGB im voraus nicht verzichten. Das heißt also, daß ein Verzicht vor Entstehen und Fälligkeit des Anspruchs, dessentwegen das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden könnte, nicht gestattet ist. Ein entgegen dieser Vorschrift ausgesprochener Verzicht wäre rechtlich irrelevant und würde den Handelsvertreter in keiner Weise binden. Der Unternehmer könnte der Geltendmachung der Unwirksamkeit des Verzichts auch nicht die Einrede der Arglist im Hinblick auf die vorher abgegebene Erklärung des Handelsvertreters entgegensetzen; dies würde ja sonst zu einer Umgehung der Vorschrift führen. Es ist daher auch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmer und Handelsvertreter dahingehend, daß der Handelsvertreter in der Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts beschränkt werden oder dieses ganz ausgeschlossen werden soll, von Anfang an nichtig. Die Gültigkeit des Handelsvertreter-Vertrages selbst, sowie die der übrigen Bestimmungen des Handelsvertreter-Vertrages wird durch die Nichtigkeit einer gem. § 88 a Abs. I HGB gesetzwidrigen Vereinbarung nicht berührt. Der Vertrag gilt wie vereinbart, nur eben unter Ausschluß des vom Handelsvertreter ausgesprochenen Verzichts auf die ihm zustehenden gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte, bzw. einer dementsprechenden Abmachung.

Anders ist es, wenn der Gegenanspruch des Handelsvertreters entstanden und fällig geworden ist; von diesem Moment an kann der Handelsvertreter auf die Geltendmachung des Zu-

rückbehaltungsrechts wegen dieses Anspruchs verzichten. Auch eine nach Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs geschlossene Vereinbarung, durch die das Zurückbehaltungsrecht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist wirksam und bindet den Handelsvertreter. Derartige Verträge sind nicht formbedürftig; sie können also auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten zustande kommen.

Im Falle des Notzurückbehaltungsrechts des § 370 HGB, in dem das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung des Handelsvertreters entfällt¹⁾, ist ein Verzicht des Handelsvertreters auf seine gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte bereits vor Fälligkeit, aber natürlich erst nach Entstehen des Anspruchs möglich. Der Handelsvertreter kann hier ebenso wie bei normaler Vermögenslage des Unternehmers dann auf sein Zurückbehaltungsrecht verzichten, wenn ein solches für ihn entstanden ist und er zur Geltendmachung berechtigt wäre. Da im Falle des Konkurses, der Zahlungseinstellung oder der versuchten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Unternehmers das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters eben bereits vor Fälligkeit seines Anspruchs entsteht, ist er auch in der Lage, auf dieses nun entstandene Zurückbehaltungsrecht zu verzichten.

Allerdings können durch solche Vereinbarungen oder Verzichtete nur solche Forderungen umfaßt werden, die eben bereits ein Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters zur Entstehung gebracht haben, d.h., der Handelsvertreter kann trotz der gegenteiligen Vereinbarung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn ihm nach deren Abschluß ein neuer gegenauspruch entstanden und fällig geworden ist.

Durchaus denkbar ist auch ein - nachträglicher - Verzicht des Handelsvertreters auf ein ihm zustehendes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, während er sich die Geltend-

1) siehe Kapitel: Fälligkeit beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht

machung des ihm eventuell wegen der gleichen Forderung zustehenden bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht vorbehält. Er ist dann zwar zur Zurückbehaltung, nicht mehr aber zur Verwertung der Gegenstände berechtigt. In der Praxis wird man jedoch einen gültigerweise ausgesprochenen Verzicht oder eine dementsprechende Vereinbarung stets als für beide dem Handelsvertreter zustehende gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte geltend ansehen müssen, wenn nicht etwas Gegenteiliges ausdrücklich aus dem Vertrag hervorgeht.

Wenngleich Vereinbarungen, wonach das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters bereits vor Entstehen ausgeschlossen wird, nicht möglich, bzw. nichtig sind, kann derselbe Erfolg dennoch weitgehend auf anderem Wege erreicht werden. Es kann dem Unternehmer nämlich nicht verboten werden, dem Handelsvertreter bezüglich aller ihm übergebener Gegenstände bestimmte Weisungen - auch für die Zeit nach Vertragsbeendigung - zu erteilen, sofern sich diese Weisungen nicht schon aus der Übergabe der Gegenstände von selbst ergeben. Dadurch wird die theoretische Möglichkeit des Entstehens von Zurückbehaltungsrechten für den Handelsvertreter nicht berührt; praktisch wird er jedoch an Waren des Unternehmers wegen der entgegenstehenden Weisung bzw. der übernommenen Verpflichtung kein Zurückbehaltungsrecht erwerben können. So kann der Unternehmer z.B. bereits bei der Übergabe der Waren, die der Handelsvertreter an Kunden ausliefern soll, bestimmen, was mit diesen Waren zu geschehen hat, falls sie der Kunde aus irgendeinem Grunde nicht abnehmen sollte. Bezüglich eines zur Verfügung gestellten Kraftfahrzeugs oder der übergebenen Unterlagen kann er ebenfalls schon bei der Aushändigung anordnen, daß diese nach einer bestimmten Zeit, z.B. nach Abschluß einer Messe, an ihn zurückgegeben werden müssen. Soweit der Unternehmer also in der Lage ist, auch für eintretende Eventualfälle bereits im voraus Weisungen zu erteilen, wird die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mangels eines zurückbehaltungsfähigen Gegenstandes scheitern.

Es muß allerdings verlangt werden, daß diese Weisungen, sofern sie sich nicht aus dem Schuldverhältnis selbst ergeben, genau spezifiziert sind. Eine generelle Anweisung des Unternehmers an den Handelsvertreter, die ihm übergebenen Unterlagen jederzeit zur Verfügung des Unternehmers zu halten, wird dieser Anforderung nicht genügen, sondern lediglich als ein besonderer Hinweis auf die allgemeine Rückgabepflicht des Handelsvertreters zu betrachten sein¹⁾. Im Extremfall könnte der Unternehmer sonst auf diesem Wege die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Handelsvertreter prinzipiell dadurch ausschließen, daß er bereits bei Vertragsschluß den Handelsvertreter generell verpflichtet, ihm sämtliche in seinen Besitz gelangte Gegenstände jederzeit auf Verlangen herauszu-geben. Damit würde praktisch ein dem vorherigen Verzicht, zumindestens auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, gleichkommender Erfolg erreicht und die Bestimmung des § 88 a Abs.I HGB weitgehend ihrer Bedeutung entkleidet werden. Als auch auf diesem Wege nicht ausschließbar würde dem Handelsvertreter nur noch ein ihm eventuell zustehendes bürgerliches Zurückbehaltungsrecht an Handlungen und Unterlassungen verbleiben.

Aus demselben Grunde kann der Unternehmer auch keine Anweisung für den Fall erteilen, daß er in Vermögensverfall gerät²⁾. Wäre es ihm gestattet, den Handelsvertreter auch für diesen Fall zu verpflichten, in bestimmter Weise mit den in seinem Besitz befindlichen Gegenständen zu verfahren, also z.B. sie an ihn oder einen Dritten herauszugeben, so würde damit praktisch ein Verzicht des Handelsvertreters auf das ihm zustehende Notzurückbehaltungsrecht erreicht.

Man wird daher sagen müssen, daß nicht nur ein Verzicht des Handelsvertreters, sondern auch eine Vereinbarung, die den

1) anderer Ansicht Staub, a.a.O. Anm.51 zu § 369 HGB:
Kunigam, a.a.O. S.37

2) § 370 Abs.II HGB

Handelsvertreter von vornherein, also noch vor Entstehen eines gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts, jeglicher Möglichkeit einer Geltendmachung dieses Zurückbehaltungsrechts beraubt, nichtig ist.

Die Regelung des § 88 a HGB erstreckt sich nur auf gesetzliche Zurückbehaltungsrechte. Wie bereits erörtert¹⁾, können aber auch vertragliche Zurückbehaltungsrechte zwischen Unternehmer und Handelsvertreter vereinbart sein. Auf diese Zurückbehaltungsrechte, die durch freie Vereinbarung entstanden sind und dem Handelsvertreter eine über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende Sicherungsmöglichkeit geben, kann er selbstverständlich jederzeit, also auch vor Entstehen und Fälligkeit seines Anspruchs, verzichten, ebenso wie sie durch Vertrag wieder abbedungen werden können²⁾.

1) siehe Kapitel: Vertraglich vereinbartes Zurückbehaltungsrecht

2) allgemeine Meinung z.B. Schlegelberger; a.a.O. Anm. 5 und 6 zu § 88 a HGB; Herschel-Beine, a.a.O. S. 143

VII. ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT NACH VERTRAGSBEENDIGUNG

Ihre größte Bedeutung werden sowohl das bürgerliche als auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen Unternehmer und Handelsvertreter erlangen. Einmal kann der Handelsvertreter nun ihm bereits zustehende Zurückbehaltungsrechte geltend machen, ohne - wie während der Vertragsdauer - auf die bestehenden persönlichen und geschäftlichen Bindungen an den Unternehmer Rücksicht nehmen zu müssen. Zum anderen entstehen für den Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung einige für ihn wichtige Ansprüche gegen den Unternehmer, wie z.B. der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses, sofern es sich um einen Einfirmenvertreter handelt, eventuelle Rückforderungsansprüche für eine bei Eingehung des Vertragsverhältnisses gestellte Kautions und als wichtigste Forderung der Ausgleichsanspruch gem. § 89 b HGB. Schließlich entstehen häufig erst mit Vertragsbeendigung Zurückbehaltungsrechte für den Handelsvertreter, da einerseits seine noch ausstehenden Provisionsforderungen sofort fällig werden¹⁾ und andererseits die Anweisungen, in welcher Weise der Handelsvertreter mit den in seinem Besitz befindlichen Gegenständen des Unternehmers zu verfahren hat, ihre Kraft verlieren, so daß nunmehr die Zweckbestimmung aus § 273 BGB bzw. § 369 Abs. III HGB entfällt.

So hat der Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung ein Zurückbehaltungsrecht an seinem Auslieferungslager, da er die darin befindlichen Waren nunmehr^{fallen} für Kunden, noch für den Unternehmer bereithalten muß. Dasselbe gilt für Waren, die dem Handelsvertreter mit der Anweisung ausgehändigt waren, sie einem Kunden zur Ansicht vorzulegen. Der Handelsvertre-

1) siehe Kapitel: Fälligkeit der Forderungen beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht

ter ist mit Vertragsbeendigung an die Anweisung nicht mehr gebunden und kann daher die Waren zurückbehalten. Dagegen wird die Anweisung, aus dem Kommissionslager bereits verkaufte Waren oder dem Handelsvertreter zur Auslieferung übersandte bereits verkaufte Waren an den Kunden weiterzuleiten, durch die Beendigung des Agenturverhältnisses nicht zum Erlöschen gebracht¹⁾. Ein Zurückbehaltungsrecht an diesen Waren kann nicht geltend gemacht werden, da sie sich in dem Zeitpunkt, in dem das Zurückbehaltungsrecht zur Entstehung gelangen könnte, nämlich bei Wegfall der Anweisungen, nicht mehr im Eigentum des Unternehmers befinden. Der Handelsvertreter hat also prinzipiell kein Zurückbehaltungsrecht an bereits vor Beendigung des Handelsvertreter-Verhältnisses verkaufter Ware.

Gelangen noch nach Vertragsbeendigung Waren des Unternehmers in den Besitz des Handelsvertreters, so hat er daran nur dann kein Zurückbehaltungsrecht, wenn er sich ausdrücklich verpflichtet, in bestimmter Weise mit den Waren zu verfahren. An eine diesbezügliche Anweisung des Unternehmers braucht er sich - im Gegensatz zur Zeit während der Vertragsdauer, wo er unbedingt an eine bei Übergabe erteilte Anweisung gebunden ist - nur dann zu halten, wenn er diese Anweisung ausdrücklich akzeptiert.

Während der Handelsvertreter während der Vertragsdauer an Unterlagen zwar ein bürgerliches, nicht aber ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht hat, weil ihm wegen seiner Vorlagepflicht die Verwertungsmöglichkeit und damit die wichtigste Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts fehlt, hat die bei der Übergabe dieser Gegenstände durch den Unternehmer erteilte oder in der Übergabe selbst liegende Anweisung, diese bei den Kunden in Vorlage zu bringen, mit Vertragsende ihre Bedeutung verloren, da eine Benutzung der Unterlagen durch den Handelsvertreter im Geschäftsverkehr

1) Düringer-Hachenburg, a.a.O. Vorbem.10 vor § 84 HGB

mit den von ihm zuwerbenden Kunden nicht mehr in Betracht kommt. Das Hindernis des § 369 Abs.III HGB steht daher nach Vertragsbeendigung einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht mit der Möglichkeit der Verwertung der zurückbehaltenen Unterlagen nicht mehr im Wege. Durch § 88 a Abs.II HGB ist dieses Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters ebenso wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht an Unterlagen allerdings beschränkt auf seine fälligen Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen. Der Sinn des Abs.II besteht darin, daß die Nachteile, welche die Zurückbehaltung von Unterlagen für den Unternehmer zur Folge haben können, von diesem insoweit in Kauf genommen werden müssen, als ein Zurückbehaltungsrecht wegen der für die Existenz des Handelsvertreters wichtigsten Ansprüche - nämlich der Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen - geltend gemacht werden kann. Ausschlaggebend war für den Gesetzgeber auch der praktische Gesichtspunkt, daß sich die Berechtigung dieser Ansprüche im allgemeinen leicht klären läßt. Andererseits könnte der Unternehmer erheblich geschädigt werden, wenn das Zurückbehaltungsrecht an Unterlagen für alle Ansprüche geltend gemacht werden könnte. Denn gerade die Unterlagen haben für den Unternehmer einen erheblichen Wert, sind zum Teil schwer ersetzbar und müssen dem Nachfolger des ausgeschiedenen Handelsvertreters zur Verfügung gestellt werden. Dies würde aber verhindert werden, wenn ein Zurückbehaltungsrecht an Unterlagen auch für umstrittene und unklare Ansprüche, wegen deren Begründetheit und Höhe mit langwierigen Auseinandersetzungen gerechnet werden muß¹⁾, geltend gemacht werden könnte.

§ 88 a Abs.II HGB verlangt ausdrücklich, daß die Ansprüche des Handelsvertreters fällig sein müssen. Das außerordentliche Notzurückbehaltungsrecht wegen nichtfälliger Forderungen nach § 370 HGB ist daher in Bezug auf die übergebenen Unterlagen nach Vertragsbeendigung ausgeschlossen. Die prak-

1) Dies wird insbesondere häufig beim Ausgleichsanspruch der Fall sein.

tische Bedeutung dieser Bestimmung ist allerdings gering anzusetzen, da die Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen gewöhnlich mit ihrem Entstehen fällig werden, die Provisionsansprüche spätestens bei Beendigung des Vertragsverhältnisses¹⁾. Eine Nichtfälligkeit der genannten Ansprüche wird daher nur dann vorliegen, wenn ihnen verzögerliche Einreden entgegenstehen, wenn sie also z.B. ausdrücklich gestundet sind.

An Kunden- und Preislisten hat der Handelsvertreter auch nach Vertragsbeendigung lediglich ein bürgerliches Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn ihm fällige Ansprüche auf Provision und Ersatz von Aufwendungen zustehen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wird bei diesen Unterlagen in der Regel an ihrer fehlenden Verwertungsmöglichkeit scheitern, da eine Befriedigung aus Kunden- und Preislisten wohl meistens einen Verstoß gegen § 90 HGB darstellen würde und daher ausgeschlossen ist.

Im Gegensatz zu Abs.I umfaßt Abs.II des § 88 a HGB auch vereinbarte vertragliche Zurückbehaltungsrechte²⁾. Hierfür sind die gleichen Gesichtspunkte maßgebend wie beim gesetzlichen Zurückbehaltungsrecht. Andererseits handelt es sich bei Abs.II m.E. um eine Vorschrift dispositiver Natur. Es können also vertragliche und - soweit die Voraussetzungen gegeben sind - gesetzliche Zurückbehaltungsrechte an Unterlagen für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auch wegen anderer Forderungen des Handelsvertreter vereinbart werden. Es besteht hier kein Anlaß, den wirtschaftlich meist stärkeren Unternehmer gegenüber dem Handelsvertreter zu schützen, so daß es bei dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit bleibt.

1) siehe Kapitel: Fälligkeit der Forderungen beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht

2) Schlegelberger, a.a.O. Anm.8 zu § 88 a HGB

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 30.11.1931 in Würzburg als Sohn des Direktors Hans Theodor Schwab und dessen Ehefrau Else geboren. Die ersten 14 Jahre meines Lebens verbrachte ich in Würzburg. Dort besuchte ich die Volksschule und anschließend die Oberrealschule. Im Jahre 1945 wurden meine Eltern total ausgebombt. Im Winter 1945 kam ich in die private Oberschule Ehlert in Vorderhindelang/Allgäu. Von hier aus wechselte ich im Sommer 1946 in das Landschulheim Schondorf am Ammersee über. Von 1948 bis 1951 besuchte ich die Oberrealschule an der Löbleinstraße in Nürnberg. Dort unterzog ich mich im Juni 1951 der Reifeprüfung und erlangte die Berechtigung zum Übertritt an die Hochschule. Von Herbst 1951 bis Sommer 1955 studierte ich an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen. Im Mai 1955 schloß ich mein Universitätsstudium durch Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung ab. Seit November 1955 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst.

